
1016

De

servitutibus praediorum,

Auctore

Henrico Cordo Stevero.



Editio nova.

Rostochii,
ex officina Libraria Stilleriana
1820.

Auctoris

Epistola

ad

Christianum Fred. Mühlenbruchium.

Henr. Cordus Steverus Christiano Frederico Mühlenbruchio s. s.

Tibi, cui debeo, hoc dico meum opus, mea anima cariori. Parum est, quod reddere, quod exsolvere possum. Tu enim in hanc, quam nunc ingressus sum, viam cogebas me; tibi hoc debeo opus, quasi auctori, et quando pater meus, otiis mihi ad haec studia benigne concessis, primus auctor laudandus est, secundo loco te laudo auctorem. O carum caput! si modestia tua nomen regium, regiumque in jurisprudentia honorem recusaverit, tamen gaudebis, studiorum meorum te audire rectorem.

Quilibet auctor, quae sint operis a se profecti virtutes, aut optimus esse debet judex, aut nullus erit, id est, is erit, qui judicare non possit. Igitur id equidem dico, multam mihi deberi laudem, qui imperterito animo immensa aliorum vitia adhuc latentia recluserim. Ipse mihi declarasti, non sine virtute hunc esse meum laborem. Qua voluptate juveni nulla potest contingere major. Sed hanc quoque tibi debeo.

Minime vero, quemadmodum auctor judex esse debet, quanti sit opus, ita esse potest vitiorum erratorumque arbiter, quorum auctor est. Sic me fugerat, quod mihi objectum est, in persequendis aliorum vitiis me acriorem nimis videri, temperantiae finibus haud raro transitis, ita ut haud absimilis viderer Paullo, cujus imaginem dedissem, scilicet:

Haesisset cui semper acerba in naribus ira!

Exhorreo! absit longe a me probrum male nasuti! absit procul immodestiae crimen! — Verum, quod me non terreri nominibus titulisque patiar, sed errores evincere, erroribusque, si quos exploravisse puto, nihil omnino indulgere videar, id non pro opprobrio, sed pro decore, pro liberalitate, pro magni facienda audacia habendum erit. Nec tanta in me confidentia est, ne dicam, vesania, ut, quod equidem verum judicem, invitis atque nolentibus

obtrudam, aliosque, nisi meae sententiae adjecerint calculum, longe a vero abesse dicam. Nam, quod verum videtur esse, id palam facere, haud absurdum est; ast refelli se pati aequo animo, neque indigne ferre, meliorem sequi sententiam, consideratis probatisque rebus, optimum atque honestissimum, ac pene summam gloriam duco.

Modestia autem, quae desinere jubet laudem mei ipsius, eadem jubet censorem, qui judicare potest, pergere, qui quidem laudem, si bene perrexerit, meriturus erit magnam. Neque gloriose hoc accipi dictum velim. Censorem mihi, qui tot vitia omnibus communia recluserim, non posse negare laudem, id exploratissimum et persuasissimum mihi est. Verum si tantus erit, qui detegat vitia erratàque operis nostri, ille, licet laudatus jam sit omnium ore, hoc facto tamen laudatior evadet. Nam haud pusilla est materia, quam pertractavimus; haud pusilli sunt momenti errata, quibus in perstringendis acriores nos et acerbiores fuisse, inculpatio est: verum perpaucus est numerus eorum, qui rite judicare aut possint aut velint. Et licet sint nonnulli, acerrimi quidem et severi juris judices, neque tamen iniqui, neque infesti; attamen a te equidem, fraterno more sodale, maxime exposco judicis officium. Sed videas, ne amicitia corruptus judex nimis leniter judicando litem tuam tibi facias. Nam lenem esse et indulgentem, ubi judicii gravitatem veritas exigit, id imbecillitatis, quam humanitatis videtur.

Valere te jubeo.

De

servitutibus praediorum.

Prooemium.

Nulla forsan juris materia graviores habet controversias, quam servitutum doctrina. Nam a definitione usque ad singulas servitutum species nulla omnino res est, de qua non sub judice lis sit. Permulti propriorum judiciorum statores [1]); sed novissimo cuilibet id fere semper propositum, ut antecedentium opiniones refelleret.

Verum enim vero, si in ea, quam Hugo Donellus aperuit et munivit, via nostri omnes ire perrexissent, effectum equidem judico, ut perpauca hac in materia, ne dicam nulla, dubitationi relinquerentur. Non id ego contendo, Hugonem Donellum non nisi quod verum sit,

secutum fuisse; — *tunc enim longe supervacaneum foret hac de re scribere;* — sed, quamvis omnibus fere in rebus ab eo dissideam, tamen neminem, neque antecedentem, neque auctoritate ejus innixum inveni, qui subtilius et sagacius ex iis, quae a Compilatoribus suppeditata sunt, eruere et perscrutari, ubi veritatis vestigium lateat, conatus sit. Ille mihi videtur architectus, qui opus exstruxit praeclarum quidem, nihilominus tamen demoliendum, quia nonnulla contra regulas artis et, ut ita dicam, contra concentum composita inveneris. Quaenam autem regulae artis? quisnam concentus esse debet? Sunt populi alicujus mores, sunt consuetudines, quas sparsim et perobscure subministratas, vate indigere dixeris.

Incedo per ignes
Suppositos cineri doloso!

Ast facilius alii sane duxerunt, via, quam ille aperuit, relicta, errores antiquitus proditos pro legibus accipere; difficultates vero et cruces in fragmentis Ictorum latentes pro nihilo habere et leviter transire et quasi reponere. Nam exscribere et ea verbotenus recantare, quae a Romanis nobis prodita sunt, haud magna quidem res est, sed inquirere in reconditas sententiarum rationes et ex

similibus concludere et similia adnectere similibus, id demum Jureconsulti esse videtur.

Zacchariades [2]) dialecticorum more rem illustrare tentavit, ab uno rerum principio proficisci autumans, quaecunque Romani circa servitutes posuerint. Quasi non ex vita et, ut ita dicam, sua sponte, verum ex Ictorum meditationibus haec prodiisset disciplina! Quoniam jam alius [3]) gravem in eum admisit reprehensionem, — ejusmodi cogitationes absonas esse a vita Romana, demonstrans, — equidem invidiam timens nihil superaddere volo. Lusus autem ingenii tota disputatio videtur. Nam si quis Zacchariaden interrogaret, qua demum ex re nostrae litterae suis meditationibus profecisse ipsi viderentur, sane obmutesceret. Non nisi tritissimarum rerum definitiones apud eum invenies, et, quando ad difficiliora et subtiliora sese convertit, satis infelices proveniunt explicationes.

Verum, si quae alia unquam, haec sane legislationis pars non ex doctorum hominum rimosis lucubrationibus neque ex legibus latis sese conformavit, sed ex ispa vita prodiens in legum et Ictorum disciplinam recepta est.

Quaenam leges agriculturae et aedium exstruendarum fuere, licet propter rem ipsam sciro juvet, tamen, quod ad servitutum disciplinam, quoniam ad singulas pertinent res, levioris prorsus momenti habeo, quamvis, multos nostrorum, qui de singulis servitutum speciebus scripserunt, postquam per magnas viarum ambages ad eum, quem putabant finem tenderunt, nimium, quam viros decuit, sese efferre videam, mirabilem quandam explicationem se protulisse gloriantes. Quid autem, quaeso, scire juvat, quae *luminum*, quaenam *prospectus* servitus apud Romanos fuerit, nisi nihil nescire pulcrum dixeris?

Gravioris autem momenti quaestio est, quaenam servitutes rusticorum praediorum, quaenam urbanorum sint, e mente juris Romani, — nam ne hocce quidem adhuc satis cognitum est, — quaenam sit servitutum possessio, quaenam usucapio? — in quibus nostros aeque ac Justinianeos maximam excitasse perturbationem video; — nostros quidem, quod disciplinas Romano juri plane ignotas condidisse; — Compilatores, dum et obscura et haud raro sibi repugnantia in corpus juris fragmenta contulisse videntur: — quod, ut unum tantummodo adhibeamus exemplum, ex

traditis de servitutum adquisitione per tempus et usum principiis satis superque patet.

Hic autem nostrarum disquisitionum ordo et series est. Rejectis vulgaribus servitutis definitionibus, aliam novamque suppeditabimus descriptionem, ad quam in omni ancipite quaestione confugiendum erit. — Si igitur, re probe cognita, tibi nostra definitio displicuerit, omnis indagatio incassum erit suscepta. — Tunc de rusticorum et urbanorum praediorum servitutum indole disseremus; mox de principiis, quae Romani omnino circa hanc materiam stabilivere. — Explicatis deinde nonnullis servitutum speciebus, quibusnam modis servitutes adquiruntur, disquisitionem instituemus; postremo in libertatis usucapionem inquirentes.

Nam carptim magis nonnulla eligere, quae potissimum illustratione indigent, quam omnia ad hanc doctrinam pertinentia peragere, in proposito fuit. Qua tamen in re, ut nuspiam lacuna inveniretur, operam navavimus.

Quodsi, benevole lector, qualecunque sit, hoc tibi opusculum non displicuerit, facile fieri potest, ut denuo pertractemus rem totam examussim, ita,

ut nulli interpretum errores, nullaeque Ictorum meliores et saniores sententiae desiderentur. Quapropter gratae admodum et amoenae erunt peritiorum monitiones nobis nec laudem sperantibus, neque reprehensionem timentibus.

1) Hugo Dnlelluus, Thomasius, Zacchariades, Thibotius, multique alii.

2) Recte Zachariae filius nominatur Zacchariades, quemadmodum apud Comicum Graecum Strepsiae filius, Strepsiades.

3) Thibotius.

Cap. I.

De servitutum divisione et qualitate.

Servitus proprie conditionem servorum et serviendi significat; longe alio sensu Icti hoc verbo utuntur, si in servitutes rerum seu praediorum inquirunt. Nam, quod hoc loco obiter monendum est, illa vox non ejus conditionem designat, qui servit, sed ejus, cui servitur. Praeterea pro libero praedio non habetur illud, quod in nullius dominio est, neque ulli usum praebet, sed illud, cujus non nisi domino omnis utilitas, et omne imperium est [1]).

In jure nostro nulla hujus rei definitio invenitur, nisi unam alteramve explicationem, quam occasio magis dabat, definitionem dicamus. Sed quamvis Icti nostri materiae ipsius doctrinam tradentes, nuspiam diserte interpretentur, quae servitutis notio sit, habuere tamen satis claram et distinctam ante oculos rei notionem, sed alte reconditam; nec vero illam, de qua ZACCHARIADES halucinatur, quasi ex stabilito rei principio totas eruissent

disciplinas. Ex vita, ut dixi, prodiit res; ex vita in disciplinam redacta est. Quoniam, quod vita parit, plerumque constans, firmum et concinnum esse enimadvertitur, ita factum est, ut, quaecunque a Ictis nostris circa hanc rem tradita sunt, ex uno quasi fonte emanare videantur.

[1]) VINNIUS, Comm. in Inst. Lib. II. tit. 6. §. 1. n. 1.

§. 1.

Vulgares servitutum definitiones ex re coarguuntur.

Acriter nostri in definienda servitute laborantes oleum et operam perdiderunt. Quid autem definitio est? Est notio rei maxima distincta et perspicua verbis quam paucissimis concepta.

Et primo loco introducimus HUGONEM DONELLUM [1]) definientem praediorum servitutem esse eam, — „*quae alieno praedio imposita, ad vicini alicujus praedii solius usum, eumque perpetuum, constituta sit.*" — Factum quidem servitutis et utilitatem, nec vero, quo innitatur hoc servitutis factum fundamento et jure, descripsisse ille mihi videtur. — — Eadem ex ratione manca est HELFELDII aliorumque definitio, qui praecedente DONELLO — „*servitutes rerum esse, quibus praedium ex praedio alieno percipiat utilitatem*". —

asserunt. Nam nec fundamentum utilitatis percipiundae inest, nec perpetuitatis mentio facta est; quam adjecit DONELLUS, licet neque ejus descriptioni insit, quae genuina perpetuitatis caussa sit; qua quidem ex descriptione forsan crederes, in *constituenda* servitute adjiciatur perpetuitatis mentio, necesse esse. — An vero servitus ad tempus constitui *potest* [2])?

Neque VINNIUS audiendus est praediorum servitutem sic definiens: — „*jus esse in praedio alieno alteri constitutum, quo dominus, quod alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo aut non facere cogatur.*" [3]). — Ut omittamus, quae WURFELIUS in jurisprudentia definitiva recte contra monuit [4]), „*hanc definitionem non ad jus, sed ad obligationem*, — melius dixisset: patientiam — *servitutis respicere;* —" ego illud quidem maxime notandum puto, quod in illa VINNII definitione ipsa servitutis insignita vis et natura, et id, quo differat ab aliis juris speciebus, desideretur. Nam creditor pigneratitius quoque, — et maxime, qui antichresin contraxit, — jus in re aliena habet *sui commodi gratia constitutum*; dominus autem, qui rem pignori dedit, pignoris distractionem *pati cogitur*, si non solvit id, de quo pignus constitutum est, et denique *nihil faciundi* potestas ei conce-

ditur, quo pignus ita deterius fiat, ut creditor, ne eludatur, in periculo sit [5]). — Istam tamen definitionem multi sibi assumserunt, ut HEINECCIUS, ejusque interpres HOEPFNERUS, multique alii.

Neque aptior WURFELII definitio est, imo multo vanior, qui — *„servitutem jus esse* contendit, *utilitatem vel fructum ex re aliena perpetuo percipiundi*;" — quoniam ex hoc, ut modo diximus, cerni non potest, quae servitutis natura, quodve fundamentum sit. Quodsi WURFELIUM interrogaremus, quaenam perpetuitatis caussa sit, nihil, hercle, respondere posset, nisi: *quia servitus est*!

Communibus igitur vestigiis relictis, alia nobis ineunda ratio erit.

1) Comment. de jure civ. Lib. XI. cap. 1.

2) L. 4. pr. D. de servit.

3) VINNIUS, loco cit.

4) §. 255. Ubi quoque rejicitur definitio CONNANI ad L. 12. D. quemadm. serv. admitt. — *„habitum esse extrinsecus accedentem, quo praedia praediis subjiciantur."* — Haud inepta, meo quidem arbitratu, definitio, si non ad jus, sed ad habitum tantummodo servitutis respicis.

5) Si rem alienam mihi debitor dedit, *aut malitiose in pignore versatus sit*, dicendum est, locum habere contrarium judicium. L. 9. pr. D. de pign. actione.

§. 2.

Servitus praediorum definitur.

A dominio, tanquam a fonte, omnia in re jura proficiscuntur [1]). Omne autem dominii jus tres in partes describitur, in *possessionem*, — scilicet, corporalem seu naturalem, in *perceptionem*, et in *liberam de re facultatem*: unde triplicem quoque habes dominii caussam, en: *efficientem*, *perficientem*, *perfectam;* quibus iterum respondet: *occupatio*, *usus*, *auctoritas*. Nam occupatio *efficit* possessionem, usus *perficit* et confirmat, ex quo tertium nascitur illud: *rei imperium seu auctoritas*. Nam ubi occupaveris rem, nisi utendo animum ostenderis, nemo te dominum auctoritatis proprietatisque agnoscet; veluti, si migrantes Nomadum familiae arva pascendi caussa occupant, mox, ubi pabuli penuria cogit, mutant sedes. — Tribus autem his partibus, quas in dominio positas contendimus, jus aliquod extranei contrarium esse potest; utputa: *possessioni* pignus, id est, possessio alteriusque ad securitatem obligationis [2]). — *Usui*, quod penes dominium est, alterius ususfructus [3]). — *Imperio domini* oppositam esse contendo servitutem.

Omne igitur dominii exercitium tribus vertitur in rebus: in habendo, cui respondet possessio: — in faciendo, cui usus: — in prohibendo, cui

auctoritas seu imperium convenit. Habes igitur *Minus*, *Majus*, *Maximum*. In Majore autem id, quod Minus est; in Maximo Majus et Minus contineatur necesse est. Itaque ususfructus etiam *possessionem*, servitus et *possessionis et usus particulas* habet.

Qui primus sedes occupavit, — haec enim adquisitionis et dominii origo est, — agrum liberum, neque ulli alii subjectum habuit, ita, ut omnibus, quae ex re redirent, frueretur, quemcunque alium arcens. Verum non unus omnes, sed singuli singulas occupavere sedes; ex quo factum est, ut ex locorum situ et fundorum conditione duae servitutes originem ducerent; quarum una, quae natura imposuit, ut inferior fundus profluentem a superiore fundo aquam in sese recipiat, vera quidem servitus non est, sed necessitas magis naturae. Altera, quae cujuslibet necessitati debibitur, ut aditus sit ad suum fundum, et exitus ex suo, vera servitus est, et originaria; et hinc viarum publicarum omnium quasi servitus esse videtur. — Ejus igitur probe habeas rationem, quod diximus, primam servitutem necessitatis caussam et rationem habuisse. Nam quicquid fundi alterius necessitati concedi debet in alieno, quamdiu una eademque necessitatis caussa erit, tamdiu concessum jus intelligitur, id est, in aeter-

num, quia, nisi natura vim aliquam exerceat, semper una eademque fundorum conditio manet, ita, ut illa necessitatis caussa nunquam desinat esse.

Hoc, inquam, est, quo differat servitus ab aliis in re jurium speciebus. Qua ratione discedat pignus a servitute, manifeste apparet, neque ejus indagatione opus est. Nam exstincta obligatione, cujus gratia pignus constitutum est, jus pignoris tollitur. At dixeris forsitan, usumfructum quoque constitui posse, ut fundus meus ex fundo tuo vicino percipiat utilitatem [4]); usumfructum quoque a Ictis nostris *servitutem* vocari. Quid autem, quaeso, rerum et personarum servitutes praeter nomen inter se simile habere videntur? Ususfructus enim, ceteraeque servitutes personarum ex obligatione oriuntur praecedente [5]): servitutes rerum iisdem ferè modis, quibus dominium, adquiruntur. — Illae conditionem recipiunt et recipere debent, utpote, quae non ultra mortem usufructuarii pertinent: hae conditionem talem non recipiunt, sed in aeternum valent. — Exstincta igitur obligatione, seu, conditione, quae usuifructui suberat, commissa, ipsum ususfructus jus finitur: servitus, cui talis conditionis adjectio adversa est, iisdem fere modis, quibus dominium, exstinguitur, domino servitutis aut jus suum remittente, aut non utendo

per negligentiam amittente. — Usufructuarius proprietatem et auctoritatem domini, a quo jus suum descendit, agnoscere tenetur: ast, qui servitutem habet, nullius dominium agnoscit; quod quidem brevissime et gravissime sic erit enuntiandum: servitus ut ex alterius auctoritate descendat, necesse non est; ususfructus sine auctoritate nullus est [6]). — Quid igitur, praeter nomen, utraque juris species inter se commune habet? — Est enim servitus res ad ipsum praedium pertinens, ipsiusque praedii qualitas, eaque extrinsecus accedens.

Diximus, primam servitutem concessam fuisse necessitati fundi alterius; sed mox mutatae vices sunt. Invalescente enim juris conditione, ex qua contractus sumserunt firmitatem, aliae atque aliae exstiterunt servitutes, ad similitudinem primariae illius compositae, et non modo necessitatis gratia, verum etiam propter alterius fundi utilitatem et amoenitutem constitutae, et ita factum est, ut, quod proprie et vi naturae unius dominium fuit, ita alteri subjiceretur, ut commodum aliquod extraneus ex re aliena, veluti dominus, caparet.

Ex his igitur, quas explicavimus, rationibus, non dubitamus, quin ita definienda servitus praedii sit:

esse, aut propter necessitatem, aut propter utilitatem, aut propter amoenitatem constitutum fundi jus in fundo alieno aut aliquid faciendi, aut habendi, aut prohibendi, quod instar dominii in alieno ab extraneo ita exerceatur, veluti si dominus sit.

Seu brevius ita definieris:

servitutem esse propriam et quasi dominicam fundi qualitatem, in fundo alieno aut aliquid faciendi aut habendi, aut prohibendi.

Ultima prioris definitionis verba adjicere haud absurdum putavimus, quia servitutem illi dominii parti opposuimus, quam auctoritatem seu imperium vocamus. Qua quidem ex caussa, et, quoniam ita definivimus servitutem: *jus esse fundi in fundo alieno*: superfluum habuimus addere: *perpetuum esse hoc jus:* — quoniam et in dominii et in fundi notione notio perpetuitatis vi ipsa inest.

Eleganter autem Hugo Grotius 7) hunc in modum de servitutibus praediorum disseruit: *omnia jura, i. e., quamcunque qualitatem moralem ad aliquid juste habendum vel agendum* — addere debuisset et — prohibendum, — *competere personis, etiamsi rem interdum sequantur, ut servitutes praediorum, quae jura realia dicantur, comparatione facta ad alia mere personalia, non, quia non ipsa*

quoque personae competant, sed quia non alii competant, quam qui rem certam habent.

[1]) Jus in re, i. e. jus in dominio contentum. — Recte Thibotius (Versuche über einzelne Theile des Rechts, Tom. II. Abhandl. 3. p. 102.) similem secutus rationem a ceteris jurium in re speciebus hereditatem exclusit, quamvis illius divisionis series et ordo parum congruere mihi videatur. „*Triplex,* inquit, *divisio est omnium in re jurium; continent enim non nisi utendi jus, veluti rerum et personarum servitutes, aut non nisi particulas proprietatis, veluti pignus, aut utrumque continent et usum et proprietatis particulam veluti emphyteusis et superficies.* — — Vid. Hugo Grotius de jure B et P. Lib. II. c. 3. §. 2. — Vid. quoque l. 19. D. de damno infecto — ubi: *aliquod jus in re habere,* — et — *dominum esse:* sibi opponuntur. Recte igitur Savinnius in libro insigni, qui inscribitur: Das Recht des Besitzes: §. 8. p. 97. nota 2. praecedente Waechtlero secernit *jus in re* a dominio. At si pag. 98. contendit, praeter servitutem et superficiem nulla esse in re jura, id ferendum non esse existimo. Vid. enim l. 19. de damno inf., — ubi creditori, scilicet, hypothecario, jus aliquod in re esse dicitur.

[2]) Pignus, inquam, est securitatis crediti gratia possessio rei alterius, sc. debitoris. Neque obstat, quod per pactum hypothecae ad creditorem possessio non transit. Imaginariam hanc vocare lubet possessionem.

L. 16. D. de usurp. et usuc. Nam, quod ad securitatem obligationis attinet, qui pactum hypothecae sibi constituit, aeqlle erit ac si possideret. Et inde Aemilius Macer in l. 15. §. 2. D. Qui satisd. cog. „Creditor, qui pignus accepit, possessor non est," — (sc. possessionem non habet ad usucapionem) — „tametsi possessionem habeat aut sibi traditam, aut *precario debitori concessam.*

[3]) L. 4. de usufr. — ubi Paullus: *Ususfructus in multis casibus pars dominii est.*

[4]) L. 6. D. de servit. praed. rustic.

[5]) Illud maxime urgeo, usumfructum, nisi debeatur ex obligatione, nullum esse. Obligatio autem non modo est, si quid ex stipulatione, seu ex contractu tibi debetur, verum etiam ex testamento. Sed hac de re plenius infra, ubi de servitutis adquisitione per usum et tempus disseremus. Cap. VII. §. 4.

[6]) Quid sibi velit, auctoritatem habere, vid infra Cap. VII. §. 1.

[7]) H. Gr. de jure B. et P. Lib. I. Cap. I. §. 4.

§. 3.

De emphyteusi et superficie.

Superficies et emphyteusis *verae* sunt servitutes personarum [1]).

Superficariae aedes appellantur, quae in *conducto* solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum [2]).

Superficiarium non haberi pro domino, multis ex locis apparet. Quoniam enim ejus jus et competentia ex locato conducto originem duxit, ideo agnoscere debet domini proprietatem. Quapropter dominus proprietatis et superficiarius hanc actionem invicem habent; sin vero cum extraneo lis de re exstiterit, proprietatis dominus ei actiones praestare et cedere debebit; utilitatis tamen causa Interdictum et quasi in rem actionem Praetor pollicebatur. — Nam quin ex ipsa perpetuae locationis conductionis notione et emphyteusis et superficies varias particulas et quasi colorem dominii ducerent, vix fieri potuit. — Praeterea superficiarius vectigal seu solarium pendendo auctoritatis dominum agnoscit. — Dominum illum non existimari, etiam ex damni infecti stipulatione manifestum est. Superficiarius enim satisdare debet, ubi proprietatis dominus repromittit tantummodo [3]). — Hac in re SAVINNIUS, ut par erat, auctoritatem ULPIANI admittit.

Eo magis autem mirandum mihi videtur, quod doctissimus vir ei, qui emphyteusin habet, dominium esse statuit. Sed quamquam litem meam facere contra tantum virum in animo non est, juvabit tamen comparationem instituere inter emphyteutae et superficiarii jus, unde colliges, utri

plus ex novissimis Imperatorum constitutionibus juris tributum sit [4]). Contractui emphyteutico injunctum est, ut melior fundi conditio reddatur; quod si omiserit emphyteuta, id est, si squalere fundum passus fuerit, jus suum amittet. *Nulla talis conditio superficiei inest.* — Uterque et emphyteuta et superficiarius vectigal solvere debent, ex quo, instar conductorum, domini seu locatoris auctoritatem agnoscere videantur. Ast emphyteuta si per triennium in solvendo vectigale cessaverit; commisso, quod penes eum erat, jure, et rei possessio et usus ad dominum proprietatis remigrabit; *Quod quidem in superficie nuspiam traditum inveneris.* — Quod vero emphyteuta, quasi possessor civilis, in iis casibus, ubi superficiarius satisdare cogebatur, repromisit tantummodo, id ex antiquitate originem ducere puto. Similitudinis ratione Imperatores emphyteusin ex iis, quae valebant circa agrum vectigalem interpretabantur. Qui enim agrum vectigalem a municipiis conduxerat aut in perpetuum aut ad tempus tantummodo, utilem habebat in rem actionem adversus quemvis possessorem [5]). Tantus favor fuit ejusmodi conductionis; quem quidem ex pecunia securitatis caussa municipiis ante solvenda, seu potius ex *praedibus praediisque* a redemtore praestandis pro-

fectum esse puto. — Superficiario, etiamsi perpetuum jus haberet, antequam Praetor Interdictum de superficiebus proposuerat, necesse erat, ex domini auctoritate agere, cessis ab eo actionibus. — Emphyteuseos fons ex jure civili, superficiei ex jure honorario emanasse videtur.

In ceteris Icti nostri unam eandemque utriusque juris possessionem statuunt, veluti PAULLUS in libro XIX. ad Edictum [6]): *In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.* — *Idem est, et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.*

Sed multis aliis conditionibus emphyteutae jura arctiora sunt, quam superficiarii. Antiquitatis enim temporibus non nisi consentiente domino fundum, in quo jus habebat, emphyteuta alienare potuit; quod quidem Justinianus mitigavit, statuens, si emphyteuta quinquagesimam pretii emtionis partem penderet, fore, ut dominus frustra alienationi repugnaret. — *Ast in superficie nulla istiusmodi conditio inest.*

Superficiem denique, utpote jus perpetuum[6]b), obligari posse, per se intelligitur. Sed, an emphyteusis pignori recte detur? quaeritur. SCAEVOLA respondit [7]a): *si pecunia intercesserit, pignus*

quidem esse; quodsi in exsolutione vectigalis tam debitor, quam creditor cessassent, et propterea pronunciatum esset, fundum, secundum legem, domini esse, jus pignoris quoque evanuisse. Ita SCAEVOLA de fundo vectigale, ex sententia Compilatorum *emphyteuticario*: sed an novissimo jure idem statuendum sit, id neque refellere, neque confirmare in animo est, licet inclinemus in SCAEVOLAE sententiam. — Nam creditorem pigneratitium vigilare debere, ne jure suo cadat propter negligentiam domini, etiam in damni infecti stipulatione animadvertitur. Si enim dominus aedificii ruinose imminentis vicino damni infecti non caverit, creditor ipse satisdet vel saltem caveat, quo retineat jus suum; quod si omiserit, potior erit caussa ejus, qui, ut possideat, in aedes missus fuerit ex secundo decreto. — Superficiarias aedes legitime pignori et hypothecae dari posse, pure, et sine ulla clausula traditur 7b).

Hanc autem SAVINNII conclusionem habes. *genuino antiqui juris conceptu eum, qui alteri fundum emphyteuticarium tradiderit, dominum quidem manere, sed non nisi ex nudo jure Quiritium. Conductorem seu emphyteutam fundum in bonis habere, ideoque esse possessorem. A* JUSTINIANO *autem nudo jure Qui-*

ritium sublato, emphyteutae merum rei dominium contigisse, quod tamen quibusdam sub conditionibus ad locatorem recidere posset.

Quamvis parum ad nostrum propositum expediat, hac de re contendere, tamen contestari litem cum amplissimo viro, maxime arridet.

Satis vulgaris Doctorum error est, jure Antijustinianeo tripliccm fuisse dominii descriptionem — I. in Quiritarium plenum, II. in naturale seu bonitarium a Quiritario dominio sejunctum, et III. in *nudum* jus Quiritium [8]. — Haec demum divisio, qua innititur SAVINNII de emphyteusi sententia, nihil ab aenigmate discrepare mihi videtur. Antiquissimo quidem jure Romano rei vindicatio non nisi ei competebat, cui res ex jure Quiritium erat adquisita, id est, iis modis adquisita, quos aut lex aut consuetudo voluit [9]. Sic nuda rei mancipi, licet ex justa causa praecedente, traditio nihil praeter plenissimum usum et possessionem efficiebat, auctoritate apud venditorem remanente: quodsi rei possessionem emtor amiserat, non nisi ex auctoris auctoritate agere et illius nomine rem vindicare poterat. Sed ei, qui rem in bonis tantummodo habuit, jus civile opitulata est, ita, ut usucapiendo dominium ex jure Quiritium adquireretur. Aucta

civitate, hoc aliquantulum immutatum est, cum Praetor utilem rei vindicationem condonaret ei, cui rem amissam, quam iustar domini in bonis habuerat, recuperandi animus erat. Quid igitur, Publiciana in rem actione stabilita, *bipartitum* hoc dominii genus sibi vult, cujus mentionem Icti nostri saepissime faciunt? Est unum solumque, in quo valeat, minime ad vindicationnis veniam spectans, sed ad servum manumissum, qui, si ex jure Quiritum manumissoris fuit, manumittendo civis Romanus effici potest; sin vero in bonis tantummodo, aut latinus aut dedititius efficitur. Quod quidem latius patet. Nam Latinus neque tutor, neque haeres scribi potest [10]; ideoque nec servus, qui in bonis tantum fuit testatoris.

Ante Ulpiani tempora legatum per vindicationem, nisi res legata ex jure Quiritium testatoris fuit, inutiliter relictum videtur. Haec enim Icti verba sunt in titulo XXIV. fragmentorum:

> *Per vindicationem legari possunt res, quae utroque tempore ex jure Quiritium fuerunt testatoris, mortis et quando testamentum faciebat; praeterquam si pondere, mensura, numero contineantur; in his enim satis est, si vel mortis duntaxat tempore fuerint ex jure Quiritium.*

Sed Ictum hoc loco, ut saepe solet, jus antiquum tradidisse, jam SCHULTINGIUS, praestantissimus vir, monuit.

At forsitan objeceris, esse constitutionem JUSTINIANI: „*De nudo jure Quiritum tollendo.*" — Quod quidem urgentes aut prorsus non legisse constitutionem ipsam aut certe parum perspexisse, audacter contendo. Nam non tripartitum dominii genus, sed maxime bipartitum Imperatorem ante oculos habuisse, manifesta ejus verba declarant.

Nullam esse, — inquit, — *differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex jure Quiritum nomen, vel tantum in bonis reperitur, quia non ejusmodi volumus esse distinctionem etc.; sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus, sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium.*

Quamvis igitur per vocem — „*nudus*" — maxime insigniatur id, quod spoliatum, nudatum, vacuum, destitutum est (veluti: *nuda possessio, nuda proprietas*); tamen aliam notionem recipere potest: et quisnam illius constitutionis sensus esse potest, nisi hic est? „*inutilem illis temporibus et inanem* dominii divisionem esse tollendam." — Sic enim optime cuncta cohaerent [11].

Sed si concedamus, SAVINNI, quod concedere nullo modo licet, jus Quiritum aliquod strictissimo

sensu ex tua sententia *nudum* illa constitutione esse sublatum; quid demum tibi concessisse nos autumas? Quale enim *nudum* illud jus Quiritum esse potest, si *vacuum illud nomen et vacua ejusmodi rei notio* unquam in jurisprudentia Romana versabatur? Non *jus* habebit ille, penes quem propter alienationem minus rite peractam Romanum dominium, sit venia verbo, remansit, sed *debebit* ei, qui aut amisit rei possessionem, aut cui evictionem minatur alius, ex obligatione inter sese contracta, praestare actiones et auctoritatem. — At vero in emphyteusi longe alia res est. Nam dominus proprietatis directam contra emphyteutam vindicationem, certis saltem ex caussis, habet; ut taceamus de ceteris. An igitur, o SAVINNI, adhuc in tua sententia perseverabis?

Sed emphyteuta ipsius fundi dominus nominatur [12]). Immo miror, id semel duntaxat Imperatores commisisse. Nam, — quod supra monuimus, — cui omnis possessio, omnisque usus in *perpetuum* debetur, quin is suo et proprio jure uti videatur, et, quin alius eum pro domino habeat, fieri vix potuit.

[1]) L. 84. §. 4. D. de legatis I. JULIANUS ipse superficiem nominat *servitutem*.

[2]) L. 2. D. de superficiebus. l. 18. §. 4. de damno infecto.

[3]) L. 9. §. 4. D. de damno infecto.

[4]) Vid. tot. Tit. Cod. de jure emphyteutico. — Savinnius, §. 8. p. 107.

[5]) Conf. Tit. D. Si ager vectigalis. — cum Tit. D. de superfic. — Vid. quoque l. 15. §. 1. Qui satisd. cog.

[6a]) L. 12. §. 2 & 3. D. de Public. in rem act.

[6b]) Neque tamen semper area superficiei caussa in aeternum conducebatur; — l. 1. §. 3. De superf. — sed idem obtinuit in agro vectigale.

[7a]) L. 31. D. de pignoribus. — Hoc loco Justinianei addere omiserunt: *i. e. emphyteuticarius fundus*; nam interpolata haec esse verba, ubi ubi legantur, jam Savinnius recte monet. Tit. D. Si ager vect. i. e. *emph.* pet. — l. 15. §. 1. D. Qui satisdare cog.

[7b]) L. 13. §. 3. De pign. et hypoth.

[8]) Sic etiam Hauboldus in lineamentis Inst. jur. R. priv. etc. §. 431.

[9]) Vid. Ulpiani fragmenta, Tit. XIX.

[10]) Cum Latino nullam esse testamenti factionem Ulpianus saepissime contendit, nonnunquam tamen contrarium statuens. Reconciliandi rationem suppeditabimus in singulari libro, de difficillimis Ulpiani locis investigaturi.

[11]) Etiam cum constitutione Justiniani „*De Latina libertate tollenda*;" et similibus.

[12]) L. 18. C. de fundis patrimonialibus. — Aliis rationibus impugnavit Savinnii sententiam Thibotius (Civ. Abhandlungen 11.); nos ea tantummodo sup-

peditavimus, quae vir clarissimus praetermisit. Sed plus aliquantulum, quam debuit, THIBOTIUS largitus est, cum pag. 277. num. 1. — nonnullos Ictos ante LEONEM *emphyteutae dominium attribuisse, certissimam quidem rem esse*, scribit. — An, quia Imperator emphyteuticarium jus neque conductionis, neque *alienationis* titulis esse adjudicandum statuit? At servitutis quoque promissio et cessio alienationis species est; ne quid dicam de usufructu.

§. 4.

De genuina servitutis significatione.

Quid tam necessarium est, quam certa rerum significatio?

Quamvis Icti nostri in universum omnes servitutem *jus* esse difiniant, nonnunquam tamen, contra omnem juris significatum, de singulis servitutum speciebus disserentes magis ad patientiam ejus, qui servitutem debet, quam ad jus ejus, cui debetur servitus, respiciunt. Quod quidem vitium commiserunt, quotcunque sunt, qui, ad *servientis conditionem* respicientes, contendant, „*nullam servitutem in faciendo consistere posse, non dari servitutem faciendi,*" — aut, qui de servitute stillicidii *recipiendi* et de similibus disquisitionem instituere.

Neque ullum tamen inveni in jure nostro exemplum, quo ejusmodi usus et notio defendatur. Nam semper servitus apud Ictos jus significat et conditionem ejus, cui debetur [1]). Eo magis autem mirandum mihi videtur, nostros hac in re errare potuisse, cum in omnibus corporis juris locutionibus tam constans et fixus verbi servitutis animadvertatur usus. Sic enim haberi, contrahi, remitti, recipi, retineri, concedi, amitti servitus, sic servitute uti, utilitas, fructus, stipulatio, traditio, vindicatio et usucapio servitutis dicitur, quibus e contrario respondet usucapio et vindicatio libertatis. Sic in servitutibus non ad fundum, qui servitutem debet, animum intendimus, — quod si feceris, omnes fere servitutes forent rerum, utputa: usufructus et usus fundi — sed ad fundum respicimus, cui jus competit. Quod sane ita esse debet. Actoris enim primariae vices sunt; secundariae rei. Licet reciproca sit notio obligationis, licet ea designet conditionem ejus, cui debetur, et ejus, qui debet aliquid; primarie tamen non nisi id significare *potest*, cujus rei condictio exactione mihi est. Ille obligationem *habet*; alter *ex obligatione* tenetur, atque *debitio* est. Quod quidem in omni jure in re observatur, utputa in pignore, usufructu, servitute; quae quidem

omnia jus aliquod extranei in re aliena designant respectu ejus, quod rei dominus aut pati, aut sinere, aut non facere tenetur. Nam quod ad conditionem attinet, quae constat inter dominum proprietatis, qui patitur, et alterum, qui habet jus, parum abest, quin obligationis instar videatur, licet obligationis origo vetustate obliterata sit, licet obligatio sit adversus quemcunque rei dominum et in aeternum valida, — quemadmodum etiam dominii jus obligationem quasi continere dixeris adversus omnes, ut rem esse nostram sinere debeant, id est, ut omnes jus nostrum agnoscant; — quapropter desumta ex obligationis jure vocabula ad jura in re a Ictis adplicita sunt: veluti: *obligatio rerum*, *debitio servitutis*.

Primarie jus, nec vero patientiam significare servitutem, ex ratione quoque actionis confessoriae et negatoriae patet [a]).

Sed is, cui *imposita* servitus est, et qui servitutem *patitur*, jus meum patitur et id ei impositum videtur, ut patiatur jus meum.

At forsitan objeceris, esse nonnullarum servitutum denominationem ita conceptam, ut magis servientis, quam dominantis conditionem designare videantur: veluti: *altius non tollendi* seu *luminibus*

non officiendi. Sed inest in his nuncupationibus ἔλλειψις quaedam, id est, oratio manca et imperfecta, quae, nisi per ambages, evitari non potest. Quas servitutes si plenius describere Icti volunt, jus dominantis designant, veluti PAULLUS, qui, servitute, ne luminibus officiatur, constituta, hoc — ait — maxime *adepti* videmur, ne jus sit vicino altius aedificare. — Eadem servitutis oneris ferendi ratio est, quam si plenius describere velis, cum ULPIANO describenda ita est: *Servitus, quae oneris ferendi causa imponitur* [3]).

Sed quoniam haec luculentissima et apertissima juris apparebunt; plus satis ne fecerim verborum, vereor. Alienum plane tamen non fuit, quia tot tantosque viros, praeter omnes autem FEUERBACCHIUM, virum in ceteris omnibus gravissimum, hac in re insigniter errasse video; deinde, quia, qualescunque servitutum species contra earum vim et naturam certare dixeris, etiam contra hunc servitutis significatum pugnam committunt, veluti: oneris ferendi, quam anomalam vocant; — stillicidii *recipiendi vel non recipiendi*, quae nulla in jure nostro est; — et luminum et altius aedificandi. Nam in his omnibus servitus ex falsa interpretatione pro onere et patientia accipitur, ideoque ei attribuitur, quod tribui fas non est. Quas ultimo

loco nominavi, eae sunt, quas FEUERBACCHIUS nova et inaudita ratione explicare conatus est.

¹) Non fugit me locus LABEONIS in L. 1. §. 22. D. de aqua et aq. pulv. arc. — ubi haec: „*esse eam inferiorum praediorum* servitutem, *ut natura profluentem aquam recipiant.*" — — Sed ea vera servitus non est, quia non dominus fundi jus exercet, sed natura suis fungitur vicibus. Quas quidem naturae vices cum Ictus servitutem nominare voluit, necesse erat, ad eum respicere, ad quem onus aquae pluviae pertinet, quia alterius factum nullum cernitur. Nam, quod ad inferiorem fundum attinet, parum abest, quin servitutis esse videatur.

²) L. 4. §. 7. et totus tit. D. *Si serv. vindicetur vel ad alium pertinere negetur.*

³) L. 6. §. 2. eod. L. 4. de serv. pr. urb.

§. 5.

De praediis urbanis et rusticis.

Prima autem servitutis conditio, sine qua consistere nequit, fundus est, cui debetur servitus, quem dominantem vocamus, et fundus serviens, qui debet servitutem. Fundorum autem seu praediorum appellatione omnis ager, omneque aedificium continetur, quippe quod in area positum est, id est, loco sine aedificiis in urbe, qui ruri ager nominatur. Inde quaedam servitutes

praediorum rusticorum sunt, quaedam urbanorum. Vetus Glossarium divisionem sic explicat:

> *Praedia rustica sunt, quae sine aedibus sunt, sive in agro; praedia urbana, quae aedificia habent et sunt in urbe.*

Idem porro:

> *Servitutes praediorum urbanorum sunt, quae aedificiis inhaerent; ut mihi liceat lignum immittere in vicini parietem.*

Quamquam in universum nostri hanc distinctionem falsam esse judicant, tamen video, ut de ceteris sileam, maximum Ictum, ipsum CUJACIUM fragmentum quoddam NERATII interpretantem in hunc quasi ultimae necessitatis portum confugisse [1]); de quo mox disserendi occasio dabitur. Claudicat autem haec omnis descriptio, ut mox videbis.

[1]) CUJACII recitationes ad ff. l. 2. de servit. pr. rust.

§. 6.

De servitutibus, quas nostri dicunt affirmativas et negativas.

Melius quidem nostri cum Ulpiano [1]), aliisque Romanorum Ictis praedia urbana esse quaecunque aedificia statuunt aut in urbe aut in villis posita, ideoque inter eos convenit, servitutum vis et

natura non ex loco aut urbano aut rurali, sed ex usu et utilitate aut ad praedium urbanum aut ad rusticum vergente dijudicetur necesse esse. Verum neque hanc distinctionem et definitionem sufficere, leviter quidem rem considerantibus apparebit. An enim, quamvis aedificio maxime debeatur, atque aedificium debeat, itineris seu transitus servitutem praedii urbani unquam dixeris? Quodsi statueris; unam eandemque servitutem et urbani et rustici praedii esse posse, idem statuas, necesse erit. Quid autem tunc omnino discriminis intercederet? quid omnis illa divisio juvaret et expediret?

Maxime nostros video illa NERATII ex libro IV. regularum enunciatione vexatos [2]):

esse praediorum rusticorum servitutes: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium vel protectum habere licere.

Qui demum, inquiunt, fieri potest, ut rusticorum praediorum servitutibus adcenseantur eae, quas aedificiis inhaerere, nunquam negabis? Numne harum ipsarum servitutum species a CAJO in libro VII. ad Edictum provinciale [3]) diserte praediorum urbanorum servitutibus adnumerantur?

Infelicissimas multi tentarunt explicationes; quapropter, quoniam neque ullam apud nostros Neratianae sententiae probabilem inveni interpretationem, nos, principiis Romanorum circa servitutes praediorum rusticorum et urbanorum perlustratis et stabilitis, conciliandi rationem in medium prolaturi sumus. Sed prius de servitutibus affirmativis et negativis, quas dicunt, paucissimis disseremus, vulgaresque omnium opiniones refutabimus.

Pomponius in libro XXXIII. ad Sabinum [4]): *Servitutum* — inquit — *non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed, ut aliquid patiatur, aut non faciat.*

Qua ex Pomponii regula nostri omnes parum curantes et prospicientes sibi genuinam servitutum notionem duas sibi finxere enunciationes: primam quidem: *nullam servitutem in faciendo consistere posse*, — alteram deinde: *esse omnes servitutes aut affirmativas*, — quae in patiendo, — *aut negativas*, — ut, quae in non faciendo consisterent.

Immo equidem contendo, nullam servitutem in patiendo, neque ullam in non faciendo consistere posse. Quae enim ratio est, cur patiatur is, qui jus habet? Quodsi Pomponius ait: *non eam esse servitutum naturam, ut aliquid faciat quis:*

non ad patientiam, sed ad ipsum jus respexisse, et id demum ursisse videtur: *non eam esse servitutum naturam, ut ex meo jure cogere possim vicinum aliquid facere.* — Sed haec levioris momenti res est, et, quoniam supra jam falsum verborum significatum et usum reprehendimus, hoc loco severius id perstringendum non est. Ad alteram servitutis descriptionem transeo.

Quid autem, qui de servitutibus negativis et affirmativis disserunt, — ut violatam linguae et loquendi consuetudinem etiam hac in re iis condonem non ad jus servitutis, sed ad patientiam omnino respicientibus, — quid demum, inquam, illa descriptione Romano juri ignota profecisse sibi videntur? An forsan inde, quae sint urbanorum, quaenam rusticorum praediorum jura definiri? an illa NERATII sententia expediri poterit? Quod si dicunt, *negativas* servitutes, — utpote altius non tollendi et similes, — non nisi urbanas amplecti; equidem objicio, eas, quas *affirmativas* vocant, et urbanorum et rusticorum praediorum esse posse, veluti itineris, aquaeductus, quae rusticorum sunt; veluti oneris ferendi, tigni immittendi, quae urbanorum praediorum. Inutilis haec sane omnis distinctio est, quam tamen SAVINNIUS quoque tuetur, sed tam prope ad veram et genuinam ser-

vitutum divisionem accedens, ut quem pressa veri vestigia deseruisse mireris [5]). —— Ne dicas, severiores nos et acriores esse in perstringenda re tam levi! — Minime rem levem judicamus falsam loquendi consuetudinem, eandemque ita inveteratam, ut nunquam desinat resistere, verum inveniri.

Quum autem non satis constet, quaenam sint urbanorum, quaenam rusticorum praediorum jura, immedicabilem habeo eorum temeritatem, qui cum quadam gravitate et multa cum confidentia non inutilem dicunt illam distinctionem, quoniam rusticorum praediorum servitutes jam non utendo amittantur, urbanorum vero tunc demum, si factum usucapientis libertatem accesserit; non inanem porro esse divisionem, quia illae pignori dari, hae pignori dari non possint [6]); et similia. An enim quid vecordius esse videtur, quam in atra nocte titubantem te in Jovis luce incedere jactare? — Illi a Ictis Romanis *relata referunt*; sed quaenam sit caussa, cur praediorum rusticorum servitutes pignori dentur, et cur eaedem jam non utendo pereant, id nemo eorum neque perspexit, neque demonstravit.

[1]) L. 1. Communia praed.

[2]) L. 2. De serv. praed. rust.

[3]) L. 2. De serv. praed. urb.

4) L. 15. De servitutibus.
5) Das Recht des Besitzes, §. 46.
6) L. 11. §. ult. L. 12. De pign. et hypoth.

§. 7.

De servitutibus faciendi, habendi et prohibendi.

Quemadmodum autem in dominio tria contineri diximus haec: *habere* — possessionem; *facere et exercere* — usum: — *prohibere* quemcunque a suo — e jure proprietatis confectae ex duobus illis, scilicet, usu et possessione; — ita quoque in servitute, quam prope ad dominium accedens et imperio domini oppositum jus alterius designavimus, inest jus in alieno aut aliquid faciendi, aut habendi, aut prohibendi, ex quo ipsum alterius jus dominii circumscribitur.

Primo loco ponimus servitutem eam, quae in *faciendo* consistit. Ex alterius autem faciendi jure circumscribitur et minuitur dominii jus. Sed quaenam juris dominici particula potissimum circumscribitur? Jus *prohibendi*, quod in mero dominio est. Pati enim debet dominus, ut alter, tanquam ipse dominus sit, aliquid faciat.

Secundum deinde servitutum genus in *habendo* ponimus. Servitute habendi constituta, quoniam alter in alieno aliquid habet, tanquam ipse dominus

sit, circumscripta nascitur ejus, qui servitutem debet, possessio domini, id est, rei, cujus dominium habet. Nam rem suam non ita habet, quam dominum decet, id est, non solus habet. Ex habendi jure, quod penes eum est, cui servitus debetur, alterius patientia, seu potius *sinendi modus* descendit; nam sinere rem ita esse debet, uti jure facta et imposita est. Quodsi servitus habendi nondum fuerit perfecta et imposita, sed adhuc perficienda et imponenda; indolem et naturam servitutis faciendi recipiet. Nam facto opus est, ut perficiatur: quo facto si fuerit perfecta et imposita, ille cui debetur, per habendi demum consuetudinem et rationem *possidebit servitutem habendi*. Dominus autem praedii servientis, qui antea pati debuit, servitutem imponi, nunc sinere rem ita esse debet. Et licet injuste opus aliquod factum sit, *prohibendi* tamen jus, quod antea penes dominum fuit, confecto opere, re ipsa ei ademtum est. Is enim prohibuisse recte dicitur, qui, quominus opus perficiatur, vel ita fiat, prospexit, nec vero, qui alterius opus jamjam confectum destruxit, aut destruere alterum coëgit. Quare et novi operis nunciationis interdictum non ad opus jam confectum, sed infectum, quod moliturus alter est, pertinet. Quodsi contra

jus aliquis confecerit opus, interdicto: *Quod Vi aut Clam*, aut: *Uti possidetis*, tenebitur [1]),

Tertium servitutum genus, quod in *prohibendo* posuimus, a duobus prioribus plane diversum est; sed, si quae est similitudo, magis accedit ad eam servitutem, quae in habendo consistit, nec vero quod ad adquisitionem attinet, sed, quod ad juris retinendi rationem. — Quemadmodum dominus jus habet prohibendi et arcendi quemcunque a suae rei possessione et usu; ita, hac servitute constituta, ad extraneum pertinebit, ut ipsius domini factum inhibere, et usum rei restringere ei liceat. Est autem haec servitus contraria et opposita illi dominii particulae, quam usum, qui facti est, vocavimus.

Sunt igitur, ut paucis totum complectar, servitutes aut faciendi, aut habendi, aut prohibendi; quibus ex adverso, si ad eum, qui servitutem debet, respexeris, respondet aut patiendi, aut sinendi, aut non faciendi modus et ratio.

Praeterea sunt servitutes, quae geminam habere naturam, quae simul et faciendi et habendi rationem recipere videantur, veluti aquaeductus et cloaca; de quibus uberius mox dicemus. — — Ceterum ne putes, hanc, quam eruimus, servitutum descriptionem inanem esse ingenii lusum;

absolvit enim ea non modo rem totam, sed latet etiam in fragmentis Ictorum, quod nunc plenius explanabimus.

[1]) L. 5. §. 10. L. 11 etc. D. de novi operis nunciatione.

§. 8.

De genuina servitutum praediorum rusticorum et urbanorum significatione.

Quod ad vim et naturam servitutum attinet, haec nostra descriptio absoluta et plane perfecta esse videtur; sed nunc reliquum est, inspicere, quidnam ad explicandam et illustrandam Ictorum divisionem in servitutes praediorum rusticorum et urbanorum valeat. Et leviter quidem rem considerantes jamjam perspectum et exploratum habebunt, Ictos Romanos nullam servitutem *faciendi* loco servitutis *praedii urbani*, neque ullam servitutem *habendi et prohibendi* loco servitutis *praedii rustici* posuisse [1]). Sic titulus Institutionum, qui hoc de jure agit, inter rusticorum praediorum servitutes *potissimum* habet:

iter, viam, actum, aquaeductum,

porro:

aquaehaustum, pecoris ad aquam adpulsum, jus pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae,

quas omnes servitutes *faciendi* esse, nemo unquam negabit. — Inter servitutes praediorum urbanorum numerantur *habendi* servitutes hae:

oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii vel fluminis avertendi,

adduntur porro prohibendi servitutes:

ne altius quis tollat aedes suas, et, ne luminibus officiat vicini.

Digestorum fragmenta his nonnulla ad similitudinem composita addiderunt; veluti:

projiciendi, protegendi, luminum, prospectus, cloacam habendi, altius aedificandi, — et alia istis similia.

Etsi ex his servitutum notis jam colligere liceat, jura praediorum urbanorum maxime eas fuisse apud Romanos, quae in habendo et prohibendo consistant, — rusticorum autem praediorum, quae faciendo cernantur; equidem tamen, cum testimonia exstent, quae facem quasi huic quaestioni praeferant, omnemque amovere mihi videantur dubitationem, conjecturis nihil omnino esse concedendum existimo.

CAJUS in libro VII. ad Edictum provinciale [2]).
Haec autem jura — scilicet: urbanorum praediorum, — *similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt,*

nisi, quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo non utendo pereunt, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat; veluti: si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixus habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item, si tigni immissi servitutem aedes tuae debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum tignum est, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin, si nihil novi feceris, integrum jus (tuum) permanet.

Cum hac CAJI sententia alia PAULLI ad SABINUM [3]) comparanda erit.

Servitutes — inquit — *quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, per caussam tigni possideo habendi consuetudinem. Idem eveniet, et si moenianum in tuum immissum habuero, vel stillicidium in tuum projecero, quia in tuo aliquid utor; etsi quasi facto quodam possideo.*

Etsi quasi facto quodam possideo? — Immo! id enim est, quod praecedente §pho diximus, servitutes habendi, antequam perfectae et impositae sint, naturam et indolem servitutis faciendi recipere, quia factum praecedat necesse sit, ut habendi servitus conficiatur. Id etiam ejusmodi est, ut futuro aedificio servitus adquiri possit, scilicet areae, — non habendi servitus, sed faciendi, ita ut facto habendi jus constituatur.

Cajus utramque servitutum urbanorum praediorum speciem in medium protulit, utpote prohibendi et habendi; Paullus unam tantummodo, eamque, quae in habendo consistit. Probe enim teneas, Ictos nostros nonnunquam, quamvis in universum de servitutibus urbanorum praediorum loquantur, tamen non nisi de servitutibus habendi sentire; cujus rei exempla infra dabimus. Illa autem servitutum exempla: veluti: *ne luminibus mearum aedium officiatur*, *ne altius tollantur aedes*. Item: *tigni immissi*: *ad cetera istis similia* trahantur, necesse esse, ipse Cajus *in eodem libro VII. ad Edictum provinciale* — auctor et demonstrator est [4]). Quid nunc esse potest apertius? Quid enim, quaeso, ex Paulli et Caji rationibus erit, quo differant urbanorum praediorum jura a servitutibus rusticorum, nisi si et

habendi et *prohibendi* jus et consuetudo sit, quae quidem tacite opponuntur *faciendi licentiae*?

Mireris, quod supra diximus, SAVINNIUM, utut ingressus sit, deseruisse statim harum cogitationum viam. Hanc habes ejus sententiam [5]):

Omnes servitutes aut affirmativas esse (!) ut, quae in patiendo consisterent, aut negativas, quae in non faciendo. (!) *Sed affirmativas duplicem recipere naturam. Alias enim esse, quae in facto dominantis verterentur, alias ita esse comparatas, ut aliquid in alieno habere liceret. Parum autem abesse, quin haec servitutum descriptio cum alia cohaereret eique responderet. Quaecunque enim servitutes factum quoddam exercentis desiderarent, rusticorum praediorum videri; alteram autem servitutum affirmativarum speciem, quae quasi in possessione alterius,* — cui debentur scilicet, — *consisterent, atque negativas, ut quae in non faciendo, verterentur,* — scilicet, qui debet servitutem, — *urbanorum praediorum videri. Sed, quoniam fors magis ferret, quam res id exigeret, ideo in universum non esse verum.* (!!)

Romanos autem minus apta servitutum hac distinctione usos esse, non sine caussa forsan iis objeceris. Nam servitutes faciendi praediis quoque

urbanis; et habendi prohibendive servitutes rusticis praediis inhaerere possunt. Si enim alter mihi cesserit, jus sibi non esse in confinio agri sui puteum aperire — servandae scilicet aquae meae gratia —; equidem nullus dubito, hoc prohibendi jus, ex sensu juris Romani, *urbani praedii* servitutem nominare. Nihilominus haud absurda rem omnem reconciliandi ratio quaedam erit. Romani enim istam divisionem antiquitus proditam retinuisse, et, re ipsa paululum mutata, notiones verbis supposuisse videntur parum sane aptis et congruentibus, nisi ad prima servitutum incunabula respexeris [5b]). Verosimillimum mihi est, juris antiquitate, forsitan jam ante tempora XII. tabularum — si placet tibi — certum fuisse servitutum numerum, et *primo* quidem rusticorum praediorum quatuor illae:

itineris, *viae*, *actus*, *aquaeductus*,

quae etiam postea rebus mancipi adnumerabantur. — Quod autem hae servitutes maxime necessitatis gratia constitui solent, id fulcrum sane nostrae sententiae et probatio est. Praeterea, ubi de servitutibus rusticorum praediorum sermo est, a Ictis hae semper in fronte statim nominantur, utpote primariae.

Ad similitudinem aquaeductus, — quae quidem servitus faciendi est et simul jus tibi tribuit, ut ex alieno aliquid sumas, compositae sunt innumerabiles aliae, veluti: cretae eximendae, arenae fodiendae, et similes, ita, ut utilitatis gratia unus fundus, cujus rei copiam et abundantiam habet, alteri aliquid impertiat. Tunc exstitisse puto servitutes habendi nonnullas propter utilitatem *aedium* constitutas, veluti: oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii avertendi. Ex quo quidem tempore, ut equidem auspicor, et consuetudo loquendi et servitutum illa divisio originem duxere. Auctis denique servitutum conditionibus, propter superbiam aedificiorum et luxum villarum, aliae atque aliae exstitisse videntur, *prohibendi* scilicet servitutes ad aedium amoenitatem maxime spectantes, eaeque ad similitudinem ceterarum conformatae et compositae; et ita factum est, ut hae quoque, quippe quarum plurimae ad aedes pertinebant, vulgari et antiquitus traditae illi distinctioni, nominibus assumtis, relatae sint.

Aliam sequitur Unterholznerus in libro nuperrime edito: *de usucapionibus*, rationem [6]):

Antiquo Romanorum jure servitutes praediorum rusticorum locum non habuisse. Servitutis enim stipulationem juris privatorum esse. Om-

nem autem agrum Romanum fuisse antiquitatis tempore limitatum, et in limitatis agris ipsam agri legem — quasi publicam — *dixisse, quemadmodum ager agro serviret.*

O felicem tantae scientiae virum! — — Pergit autem ille, qua via ingressus est, antiquiores ducens urbanorum, quam rusticorum praediorum servitutes. — Nobis eum refutare minime lubet, quoniam, qui in re tam obscura, neque ullis antiquitatis designata vestigiis halucinatur, suum quisque jus sibi tuetur; sed nobis etiam in usum loquendi tantummodo hoc loco inquirentibus nostram habere licebit sententiam.

Aquaeductum accedere quodammodo ad naturam servitutis habendi, id est, praedii urbani, jam supra digito monuimus. Qui enim aquam per rivum ducit, et maxime, si aqua sponte sua ad eum pervenit, aut si quis per fistulas seu per opus latericium aquam ducit; in alieno aliquid habere, et quasi per habendi rationem possidere videtur. At non suam et propriam rem in alieno habet, scilicet: aquam; neque ideo servitus aquae constituta est, ut aquaeductum exstructum habeas, sed opus exstrues, ut commodius aquam ducas; ipse autem aquae usus factum aliquod desiderat;

et, licet aqua nunc sua sponte ad te venerit, fieri potest, ut ex aliqua caussa ita minuatur, ut arte opus sit ad aquam ducendam [7]).

Servitus cloacae immittendae ex altera parte haud dissimilis videtur servituti faciundi. Sed magis est, ut aquae pluviae a superiore fundo profluenti aequipararetur, et, ut propter opus cloacae retinendae caussa aut in alieno aut usque ad alienam cloacam exstructum, ad habendi, id est, urbani praedii servitutem referatur. Sed dixeris, fistulam seu tubum, seu aliud opus, per quod colluvies fluat, *immittendi* caussa esse exstructum, quapropter, si nihil immittas, non utendo amitti hanc servitutem. — Respondi: Praetoris quoque Interdictum *de cloacis privatis* huic servituti praerogativam servitutis praedii urbani attribuisse. Pertinet autem id Interdictum ad salubritatem et tutelam urbis, ita ut quisque cloaca jam utens, *licet vitiose utatur*, in juris quasi possessione a Praetore protegatur, quo minus immunditiis cloacarum pestilens coelum fiat. Urbanorum praediorum servitutum praerogativa autem haec est, — ut jam vidimus ex CAJI loco, — ut non utendo omnimodo non pereant, sed tunc demum, si factum usucapientis libertatem accesserit; — qua de positione suo loco disserendum erit.

Haec de servitutibus praediorum urbanorum et rusticorum satis dicta videntur.

[1]) De illa NERATII sententia, l. 2. D. de serv. pr. rust. — in sequente §pho dicemus.

[2]) L. 6. D. de serv. praed. urb.

[3]) L. 20. pr. eod.

[4]) L. 2. eodem.

[5]) SAVIGNY das Recht des Besitzes. §. 46. pag. 486. nota 1. — editionis secundae.

[5b]) Multa sane ULPIANORUM, PAULLORUMque jurisprudentia retinuit eorum, quae antiquitus tradita erant, licet ratio ejus juris evanuisset. Sic jus, quod marito in dote competit, *dominium* dicitur. Sic, quamquam temporibus ULPIANI juris principium jamjam stabilitum erat: *qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur;* nihilo minus satisdatio in actionibus in rem obtinuit. Vid. infra, Cap. VII. §. 10. — Sic denique, civitate cum orbe Romano communicata, parum abest, quin rerum descriptio in mancipi et nec mancipi res inutilis videatur. Supra §. 3. h. Cap. — et infra Cap. V. §. 4. — Facili negotio plura addere possem.

[6]) UNTERHOLZNER Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. Breslau 1815. — §. 5. num. 5. Videatur contra UNTERHOLZNERUM CICERONIS oratio pro CAECINA, cap. XIX., ubi haec: *Si via sit immunita, jubet lex, qua velit, agere jumentum.* — quae quidem perantiquae legis verba esse videntur, immo, verba legis XII. tabularum.

7) Si alius tibi aquaeductum cesserit, et alius tibi permiserit, per suam domum traduci aquam, opere latericio aquae ducendae gratia facto, haec, quam tibi concessit, licentia, propter meram habendi rationem, habendi, id est, praedii urbani servitus videbitur; sic et ULPIANUS statuit. L. 11. §. 1. D. de public. in rem act. — *At vero, si non utendo aquam amiseris, alteram quoque servitutem, quae quasi accessio propter aquam constituta erat, amittes per consequentiam. L. 17. Quemadm. serv. amitt.* — Idcirco jam fragmentum illud ULPIANI nullius momenti existimo, quantum attinet ad servitutum divisionem.

§. 9.

Neratius defenditur.

Sunt NERATII in libro IV. regularum haec verba:

> *Rusticorum praediorum servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini; vel cloacam habere licere per vicini domum; vel praetorium vel protectum habere licere.*

Haec verba nostros omnes summa turbatione afficiunt, et omnes summas movent turbas. Sic CUJACIUS [1]), qui aliter sibi consulere nequivit, statuit in recitationibus ad hunc locum Digestorum, NERATIUM *diversam a ceteris in hac doctrina sequi*

rationem; — quod mihi quidem ferendum non esse videtur.

Postquam autem de servitutibus praediorum urbanorum et rusticorum principia stabilivimus, vix operae pretium ducimus, in hanc Neratii *sententiam* anxie investigare. Fusius enim supra declaravimus, servitutem habendi nondum impositam, sed adhuc imponendam, sapere naturam servitutis faciendi, id est, servitutis praedii rustici, quia, uti PAULLUS loquitur, *facto quodam* possides, id est, quia *facto opus* est, ut incipias aliquid in alieno habere, seu ut servitus habendi *perficiatur*.

Id igitur NERATIUS *regulas juris exponens* monuisse et digito quasi tetigisse videtur, si servitutem habendi insignire velis, rectius te dicere: *habere*, quam *habere licere*, ideoque in propositis speciebus dicendum esse: *altius sublatum habere, cloacam, vel protectum, vel praetorium habere.* Nam quod mihi licet facere, factum nondum est; ideoque, si mihi *licet* altius tollere, servitus habendi imposita non est, sed imponenda.

¹) Ita etiam HUBER, VINNIUS, multique alii, qui populari more Ictum locutum esse, statuerunt.

§. 10.

De servitutibus continuis et discontinuis.

Nonnulli nostrorum disserunt de servitutibus continuis et discontinuis. Obscuram incertamque servitutum habendi, prohibendive, atque servitutum faciendi ante oculos habentes notionem, continuam eam esse dicunt, cujus usus et quasi possessio una et continua per se sit; discontinuas autem esse praediorum rusticorum servitutes, utpote, quae, ut possessio retineatur, exercendae sint. Neminem enim tam continentur ire agere posse, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. — — Quamvis, qui illam defendunt distinctionem, PAULLI fragmento quodam inniti videantur [1]); tamen inutilem et falsam puto, cum, quia ipsum PAULLI fragmentum levioris momenti esse existimo; tum, quia alia juris nostri loca longe alium tribuere significatum servituti, cujus continuus usus non sit [2]). Ipse enim PAULLUS in libro XIX. ad PLAUTIUM: servitutem, etsi *facto* quodam exerceatur, maxime continuam ducit, dummodo, quocunque temporis momento volueris, exerceri debeat, eam demum non habere continuum usum statuens, quae ita definita et pactis circumscripta sit, ut continuo exerceri *non debeat*, sed aut alternis mensibus

aut annis. —— Illae nomine veniunt cottidianarum servisutum, hae aestivarum [3].

Quodsi illam divisionem urgentes nihil aliud voluissent, quam insignire diversam servitutum naturam, mihi quidem haud displiceret. Nam licet minus recte se habeat distinctio, quoniam aquaeductus, quem etiam discontinuis servitutibus adnumerant, discontinue exerceatur, necesse non est; tamen hanc omnium descriptionum, quae a juris enunciationibus recedunt, maxime tolerandam inveni. Si antem id agunt, ut ex illa descriptione ignotas plane juri Romano regulas et principia in medium proferant, — utputa: *ad servitutem discontinuam capiendam immemoriali usu et consuetudine opus esse*; — nihil iis omnino concedendum esse puto, neqne quicquam istis opinionibus HUGONEM DONELLUM concessisse videbis [4].

[1]) L. 14. de servitutibus.

[2]) L. 7. Quemadm. serv. amitt.

[3]) Vid. tit. de aqua quotid. et aestiva.

[4]) HUGO DONELLUS, Comment. de jure civili. Lib. XI. cap. XI.

Cap. II.

Nonnulla, quae Romani circa servitutes posuerunt, sanxeruntque principia.

Icti Romani, si legem Scriboniam [1]) excipias, neque in favorem, neque in odium servitutum aliquid constituisse mihi videntur. Sunt tamen nonnulla, quae prorsus servitutum naturae repugnare dicantur, ita, ut, si tale quid per stipulationem superadditum sit, pactum conventum personam quidem, quacum stipulatus fueris, obligatam teneat, nec vero ipsam servitutis naturam immutare queat.

[1]) L. 4. §. ult. D. usurp. et usuc.

§. 1.

Servitus commodi aliquid praebere debet dominanti fundo.

Et primo notionem servitutis strictissime interpretati sunt ex usu quotidiano loquendi; non esse servitutem statuentes, nisi quae utentibus com-

modi aliquid praeberet. Ad id quoque jam spectat Tullianum illud [1]): *servitutem non esse servitutem, quae non serviret.* — Servire autem: *sibi, suisque rebus utilitatem adferre,* explicat. — Id ergo sensententiae inest: *servitutem nullam esse, quae utilis non sit.*

Indubitati igitur juris est, etsi firmissima stipulatione stabilitum sit, nihil valere pactum conventum ad servitutis speciem ita compositum, ut nulla ad te perveniat utilitas ex onere alterius et patientia; immo tales conventiones conditionibus aequiparantur impossibilibus, et civiliter quidem. Quales ducuntur a Ictis conditiones moraliter et naturaliter impossibiles, trita res est; ad conditionem autem civiliter impossibilem pertinet illud Pomponii fragmentum ex libro XXXIII. ad Sabinum [2]):

> *Quotiens neque hominum neque praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti: ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas. Et ideo, si mihi concedas, jus tibi non esse, fundo tuo uti frui, nihil agitur. Aliter, atque si mihi concedas, jus tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere, minuendae meae aquae gratia.*

Haec enim prohibendi, ideoque, quod supra monuimus, praedii urbani servitus est, eademque vera sinceraque, quoniam ex omisso alterius facto, quod alias in suo ei facere licuerit, melior mei fundi caussa fieri potest, aut certe deterior non fit. Semper enim, quod probe considerandum est, in servitutibus illius, qui debet, jus diminuitur, alteriusque augetur [3].

Quoniam autem praediorum caussa servitutes constituuntur, melior ut fieret ipsius praedii conditio, necesse judicarunt, prorsus, quod ad hominem, qua talem spectaret jus, rerum servitutem negantes. Quicquid igitur ultra fundi usum servitutis nomine in stipulationem venit, ususfructus magis erit; item, si id, quod in stipulationem deductum, fundo usui esse desierit, jus quoque servitutis evanescet. Quatenus autem servitus *fundo* servire debeat postea monstrabimus.

[1]) Cicero pro Plancio c. 12.

[2]) L. 15. De servitutibus.

[3]) L. 2. §. 9. De novi operis nunciat. L. 26. De damno infecto.

§. 2.

An voluptatis gratia servitus constitui possit.

Magnam inde inter Ictos nostros, gravemque litem video motam, an voluptatis et amoenitatis gratia servitus constitui possit; quam quidem rem, praecedente CUJACIO, THIBOTIUS [1], vir ornatissimus, oppugnatis GERARDI NOODTII rationibus, penitus decidit. Sane enim fieri potest, ut ex jure ita constituto ipsius fundi melior et *amoenior* conditio efficiatur. Urbanorum praediorum quoque servitutes, et eae quidem maxime, quae in prohibendo consistunt, plerumque amoeniorem reddunt praedii dominatis conditionem, utpote: servitus, *ne altius tollantur aedes*, *ne prospectui officiatur*. Sed haec amoenitas singularis hominis non est, sed fundi et uniuscujusque, qui cum fundum possidet. Verum, ut PAULLI exemplo utar, — *ut pomum decerpere liceat*, *ut spatieris*, *ut coenes in alieno* [2]), — servitus non dabitur, quia ejusmodi tibi concessum jus ipsius fundi neque amoeniorem neque utiliorem rationem reddit, sed importunae hominis lubidini et genio indulget. — At vero aquam ducere ex alieno, quamvis jam tibi abundans supra necessitatem sit, ex servitute, quoquo modo imposita, licebit, neque intererit, utrum necessitatis vel utilitatis gratia, ad irrigandos

agros et hortos sitientes ea utaris [3]), an amoenitatis et voluptatis gratia, veluti, si aquam salientem in horto tuo effeceris. Utilitatis tantummodo sit ratio, ut in hoc, quod dedimus exemplo, aqua, quam magni pretii Romanos aestimavisse scimus. — — Sic, si quae in jure nostro contrariae sibi obvenerint sententiae, conciliandi ratio erit.

[1]) Cujacii recit. ad ff. l. 8. de servitutibus. — Thibaut's Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. Abhandlung. contra Noodtium, Probabil. I. 2.

[2]) L. 8. de servitutibus.

[3]) L. 19. eod. l. 1. §. 11. l. 3. pr. D. de aqua cottid. et aestiva.

§. 3.

De perpetua servitutis caussa.

Ad hoc Romanorum circa servitutes principium accedit et pertinet aliud: *caussam servitutis debere perpetuam esse.* Quaeriam autem perpetua caussa intelligitur? — Primum equidem respiciendum esse puto ad id, quod ad quibusdam, — Grammaticorum more, — subjectum et objectum servitutis dicitur id est, ad fundum, cui debetur servitus et ad fundum, qui debet servitutem. Deinde respicias ad ipsum servitutis finem, et

postremo ad rem, quae in servitutis stipulationem venit.

Si ad praediorum naturam animum adverteris, statim judicabis, rusticorum praediorum perpetuam causam legibus naturae inniti, nec vero urbanorum. Nam quod PAULLUS dixit, aedificium nullum tam posse firmiter exstrui, ut in aeternum staret, vix erat, quod monere debuisset. Aedificiorum perpetuitas alia innititur ratione, scilicet civili. — Prospexit enim lex civitatis, ne domus ruinosae fierent; officio Aedilium continebatur, studere, ne domorum parietes caduci essent, sed ut domini emundarent et exstruerent, ut denique dominos, quousque firmos effecissent, multarent [1]). Ad officium quoque curatoris reipublicae, PAULLO teste [2]), spectabat, ut dirutae aedes exstruerentur. Postremum reputa teeum, licere vicino adigere vicinum ad reficiendas aedes ruinosas et damnose in aedes ejus imminentes [3]). — Sed etsi aedes, quibus servitur, corruerint, tamen refectis aedibus reviviscet servitus, seu potius habitus servitutis, utpote non iis aedibus tantummodo debitae, quae nunc sunt, sed futuris quoque, et ipsi areae [4]). Simili ratione non debent eae tantummodo aedes, quae nunc sunt, servi-

tutem, sed futurae quoque et area ipsa, id est, quicquid in area positum habueris.

Sed ad variam servitutum praediorum urbanorum naturam respiciatur necesse erit. Habendi enim servitus duplicem recipit rationem. Aliud est, habere rem in alieno, et aliud, habere rem suam ita, quemadmodum nisi servitus fuerit, habere non liceat. Prioris generis sunt: *oneris ferendi, tigni immissi, stillicidii avertendi servitutes*: — alterius: *fenestrarum, altius tollendi.* Haec infra uberius explanabimus. — —

In prohibendi autem servitutibus alia ratio est. Si enim alter, qui mihi debet, ne luminibus mearum aedium officiat, aedificium, quod servitutem debet, deposuerit; plus aequo, id est, plus, quam debuit, efficiet lumen [5]).

Ex his igitur jam videre licet, qua demum ex ratione urbana praedia perpetuam habere caussam dicere possis.

[1]) L. 1. §. 1. de via publica.

[2]) L. 46. de damno infecto. — — Quin etiam, ex publico pecunia suppeditabatur ei, qui sumtibus refectionis par non erat.

[3]) Vid. tit. tot. De damno infecto.

[4]) L. 20. §. 2. l. 31. de serv. pr. urb. — Selchowii diss. de servitute altius tollendi. §. 35. Zaccha-

RIADIS diss. de servitutibus, in HUGONIS Civil. Mag. Tom. II.

5) L. 17. §. 1. l. 31. De servit. praed. urb.

§. 4.

De servitutis fine.

Nunc respiciendum erit ad finem servitutis. Utilitatem autem, quae ex alterius patientia pervenerit ad tuum fundum, finem servitutis esse cognovimus. Quodsi servitutis utilitas plane desinit esse, servitus quoque esse non potest.

JAVOLENUS in Libro X. ex CASSIO 1):

> *Certo generi agrorum* — inquit — *adquiri servitutem posse, veluti vineis,* — utputa, ne desint pedamenta —; *sublatis vero vineis, manere tamen servitutem, nisi in contrahenda servitute aliud actum fuerit.*

Caussa, cur haec servitus maneat, haud procul sita videtur; nam pedamenta in alium fundi usum converti possunt. — POMPONIUS autem ex LABEONE proponit speciem, ubi servitutis utilitas plane desinit esse 2).

> LABEO *ait: si is, qui haustum habet, per tempus, quo servitus amittitur, ierit ad fontem, neque aquam hauserit, iter quoque eum amisisse.*

Ad hoc exemplum innumerabilia alia fingi possunt. Fac enim, alicujus pratum prope ad mare situm esse, ad quod per alterius fundum viam habeat; maris impetu avulsum est; an viae servitus manebit? Nullo modo.

[1]) L. 13. De serv. praed. rust.

[2]) L. 17. Quemadm. serv. amitt.

§. 5.

Res in servitutis stipulationem venientes debere esse perpetuas, jure quidem antiquo.

Nunc ad illam, quam Icti potissimum sentiunt perpetuam servitutis caussam, adgredimur, utpote ad res, quae in servitutis stipulationem veniunt. Regulam ipsam autem Icti nostri ex his PAULLI verbis composuerunt [1]).

Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti caussa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat; neque enim perpetuam caussam habet, quod manu fit; at, quod ex coelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen caussa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. — Omnes autem servitutes praediorum perpetuam caussam habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest.

In hunc PAULLI locum immensos Icti nostri commentarios scripserunt; nobis anxie scrutari non lubet, quoniam ex iis, quae dicta jam sunt, sponte sua emanabit explicatio. Servitutis jus vi ipsa perpetuum est. Quid igitur est, quod miremur, res, quae aut usu et tempore, aut aestatis vi consumantur, ipso jure in servitutis stipulationem venire non posse? Ex lacu, stagno, piscina viva aqua carentibus servitus concedi non potest, quippe quae et exarescere possunt solis ardore et confici usu. Item, ex iisdem fere rationibus, neque ex cisternis, quae imbribus concipiuntur [2]). Nam licet aqua pluvia perpetuam habeat caussam, tamen, ubi collegeris aquam, perpetuitatis notio evanescit, quia ea res, quae antea quasi omnium fuit, tua facta est. — Quodsi PAULLUS dicit, id, quod manu fiat, perpetua caussa carere, hoc quidem exemplo antlia in *fundo serviente* et sumptibus ejus, qui jus concessit, posita intelligatur, necesse est, id est, machina ad hauriendam tollendamque aquam apta. Quodsi ex coelo aqua veniat, perpetuo id fieri existimari statuit, quoniam ex naturali caussa fiat. — Sic enim, quandocunque pluit, sua sponte aqua pluvia ad te pervenit.

Exempla igitur, quae in servitutibus perpetuae caussae existimandae sint, adferre juvabit. Habendi

jure constituto, id, quod servitutem mihi praestat, perpetuum esse debet, veluti in servitute oneris ferendi paries, qui civili quidem ratione perpetuus habetur. — In servitutibus faciendi id, quod factum meum sentit, per se perpetuum est, veluti in servitute itineris, viae, fundus ipse, qui servitutem praestat; item finis adsit, id est, utilitas servitutis. In servitute aquaeductus vivus fons esse debet. Quid autem dicendum est in servitute arenae fodiendae? Quamvis hujus servitutis exercitio ipsum fundi servientis corpus minuatur, id tamen nullius momenti videtur, quoniam nunquam periculum erit, quin ipsa fundi substantia evertatur. — In servitutibus prohibendi ea res per se perpetua est, quae utilitatem nobis praestat, seu propter quam servitutem stipulati sumus, veluti in servitute, ne luminibus officiatur, aër et lux [3]). — Aliter forsitan statuendum erit, in exemplo, quod supra posuimus, si quis alteri cesserit, jus sibi non esse aquae quaerendae, scilicet, alterius aquae gratia. Quodsi aqua ejus, cui servitus debetur, omnis exaruerit, sublata servitutis caussa, servitutem ipsam evanescere dicendem erit; — nisi forte objicias, aquam ad suas venas redire *posse*; quod tamen, praeterlapso statuto tempore, minus probo, sed conjicio, alterum, qui servitutem debuit, si novum opus moliri voluerit, non esse impediendum.

Neque praetermittendum est, Romanos de stricto jure multum remisisse. Sic aquae ducendae servitus proprie non nisi ex capite fontis constitui potuit, postea tamen ex quocunque loco concedebatur. Dubitatum etiam vides, an castello, ex quo per rotam aqua tollitur, servitus aquaehaustus imponi possit. Obtinuit autem, tuendum eum esse, qui hoc jus legitimo modo possideret. Verum id ita non erit accipiendum, quasi noviore jure Romano vanum sit illud de caussae perpetuitate principium. Nam, nisi vivus fons erit, ne Interdictum quidem tuendae possessionis gratia propositum valebit [4].

Thomasius [5] illud Romanorum de perpetua caussa principium valde absurdum esse opinatur. Quod vero doctissimus vir hoc maxime adhibuit argumentum: *iter, actum, viam, pecoris ad aquam adpulsum, aquaehaustum, neque adsidue fieri, neque sine facto hominis unquam exerceri, ideoque perpetua caussa ea omnia carere:* id multo absurdius esse existimo. Nam urbanorum quoque praediorum servitutes, quae in habendo consistunt, quasi facto hominis possidentur, quod supra docuimus. Sed fugit doctissimum virum, in fundo *serviente* perpetuam caussam positam esse debere.

Fatendum autem erit id, quod res est, THOMASIUM, falsis licet rationibus innixum, non sine aliqua caussa in dubium vocasse illud principium, quippe quod ita non valet, uti plerique autumant. Quaenam enim in universum perpetuitatis caussa esse potest, nisi nostram illius positionis adhibueris explicationem? et quamquam nos non absurdum putavimus, ea, quae omnino circa servitutes obtinent, hoc loco tradere et ad illam regulam adnectere; tamen Icti Romani tunc demum, ubi de *aqua* disseritur, hoc in medium protulere principium.

[1]) L. 28. de serv. praed. urb.

[2]) L. 1. §. 4. de fonte.

[3]) Vid. de his quoque HUGONIS DONELLI Comment. de jure civ. Lib. XI. cap. II et III.

[4]) Cit. l. 1. §. 4. de fonte.

[5]) THOMASII diss. de servitute stillicidii. §. 30 et 31.

§. 6.

Ex jure servitutis eum, qui debeat, ad faciendum omnino adigi non posse.

Atque cum his, quae hucusque a nobis tradita sunt, arctissime conjuncta est illa fere primaria in servitutibus regula: ***earum non esse naturam, ut is, qui debeat servitutem, faciat aliquid, sed ut patiatur***

in suo, *ut sinat*, *ut non faciat*. Quod quidem, ut supra jam notavimus, nostri omnes ad unum falso sic enunciaverunt: *nullam servitutem in faciendo consistere posse.*

Sunt autem, qui dubitent et disputent, quaenam ratio subsit huic regulae, quam sine valido juris argumento, quamque temere a Romanis prolatam arguant. — Sed vehementer errant. Notissimi enim juris est, nullam obligationem, nec, quicquid ex contractu nobis debetur, personam obligatam egredi; neque obligationis in jure cessionem, exceptis quibusdam casibus, simpliciter valere, sive debitoris, sive creditoris persona immutetur [1]); ne jus quidem vel obligationem alteri per liberam personam adquiri posse, — unde fictio de dominio litis originem duxit. — Quicunque igitur ex contractu seu stipulatione ad facti praestationem obligat vicinum praeter id, quod ex servitute pati debet, id tantummodo agit, ut ipsum, quocum contraxit, ejusdemque successorem universalem, si in contracta servitute id actum fuerit, obligatum teneat, minime vero singularem rei successorem, utputa emptorem, quocum, ut perduret, nova contrahenda obligatio erit. Nec tamen in eum, qui sese subduxit, aut facta rei alienatione, aut alio quoquo modo, obligationi, faciendorumque prae-

stationi, actio tibi ademta est, sive ex stipulatu convenias *per incerti condictionem*, sive in factum aut doli mali actione utaris.

Hocce jam ex principiis juris Romani statueremus, licet nullum, quod ad servitutes attinet, fragmentum nobis proditum esset [2]). Eo magis autem mirandum esse videtur, quod HOEPFNERUS primum tam prope ad id, quod hac in re verum est, accedens, subito recta investigandi via relicta, nullam illi regulae inesse rationem contendit [3]).

[1]) Vid. e. g. ULPIANI fragm. tit. XIX. §. 10—15. — Etiam de hoc Icti loco plenius disseremus in singulari libro de difficillimis fragmentorum sententiis. — Vid. quoque MÜHLENBRUCHII mei diss. de jure ejus, cui actionibus cessit creditor. Rostochii MDCCCXIIII. p. 16.

[2]) L. 15. §. 1. de servit. l. 12. de annuis legatis.

[3]) Comment. ad Inst. §. 351. — Vid. autem WEBERI, clarissimi viri not. 2. ad illam §phum, ibique cit. auctores.

§. 7.
De fundorum vicinitate.

Fundi autem, ut servitus constituatur et, ut servitutis possit esse utilitas, aut contigui aut vicini esse debent. Quamvis Romani omnino statuerint,

si fundi vicini non sint, non nisi per fundum intermedium servum propagari servitutem; hoc tamen in universum verum non est, sed magis ad faciendi servitutes pertinet [1]). Videamus itaque, quid in omni rerum genere res ipsa poscat, ad variam servitutum naturam attendentes. Nam hic quoque animadvertere licet, absolutam esse et perfectam illam distinctionem in habendi, prohibendi et faciendi jus. Habendi enim jus maxime vicinitatem, ne dicam contiguitatem, desiderat, quoniam rem meam, per quam habeo servitutem, in alieno habeo, ita ut fundi mei cum fundo vicino quasi conjunctio sit, veluti in servitute oneris ferendi, tigni immitendi. In projiciendi quoque servitute mea res in alieno esse videtur, quia projectum fundo vicino, cujus et aër est, superpendet. Una servitus altius tollendi, per quam habeo altius aedificatum non in alieno, sed in meo fundo, hujus regulae exceptionem facere videtur. Haec enim servitus revera a ceteris discrepat; atque parum abest, quin praecipitanter nunc eam explicem; quod autem ex re est, ex sequentibus concernas. In prohibendi servitutibus fundus intermedius servus sit, necesse non est, sed sufficit, utile sit, servitutem imponi. Sic PAULLUS statuit [2]):

Haec servitus et ei, qui ulteriores aedes habet deberi poterit; et ideo, si inter meas et Titiae aedes tuae intercedant, possum Titii aedibus imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur, quoniam, donec tu non extollis, est utilitas servitutis.

Sic alius quoque PAULLI [3]) locus ex libro I. Manualium explicari potest, qui nobis quidem, antequam hanc ratiocinandi viam ingressi eramus, satis impeditus videbatur.

Nemo — inquit — *propriis aedificiis servitutem imponere potest, nisi et is, qui cedit, et is, cui ceditur, in conspectu habeant ea aedificia, ita ut officere alterum alteri possit.*

Legimus enim modo ante hoc fragmentum: *servitutem* — scilicet — *ne luminibus officiatur* — *imponi non posse, si aedes tantum distent, ut prospici non possint.* — Quid nunc apertius esse potest? — *Servitutem altius tollendi autem is habet, cui, cum antea altius tollere non liceret, vicinus hoc condonavit.* Quemadmodum vero remotiores aedes debere possunt, *ne altius tollantur;* sic quoque remotiores et distantes ulterius aedes *altius tollendi servitutem* habere possunt. — Haec autem summa est: talem esse debere naturam et situm fundorum seu loco-

rum, ut alter fundus ab altero, servitute constituta, percipiat utilitatem.[4]).

[1]) L. 7. §. 1. de serv. pr. rust.

[2]) L. 7. §. 1. Communia de serv. L. 5. Si serv. vind. L. 1. de serv. pr. urb.

[3]) L. 39. de serv. praed. urb.

[4]) Ita bene Zacchariades, in diss. cit. §. 12. apud Hugonem, Civ. Mag. Tom. II. p. 342.

§. 8.

Servitutem fundo servire debere.

Quantumvis autem omnis servitutis utilitas ad te, ut dominum, revertatur, tamen, quia non propter te, nec, quod ad tuam personam, sed ad meliorem fundi conditionem efficiendam, jus constitutum est, non ultra, quam ulilitas et usus fundi exegerit, exercendum erit. Respiciamus enim ad primordia servitutum et ad primas quasi efficientes caussas, en, *naturales*, veluti aquae pluviae, aut *civiles*, et ad primi possessoris necessitatem spectantes, veluti viae, id est, exitus ex suo et aditus ad suum fundum. Mox ad utilitatem res extendebatur, mox ad amoenitatem. Nunquam tamen obliviscebantur Romani Icti: *fundum fundo servire,* nec vero hominem fundo, — quod modo exposuimus, — nec fundum homini, qua tali, de quo

nunc disseremus. Quocunque igitur, ut repetam, quod ad necessitatem, quod ad utilitatem, quod ad ipsius fundi amoenitatem attinet, servitute ita constituta, uti licebit, quam si ultra extendas, ususfructus erit, qui non rem sequitur, sed cum persona exspirat. Egregie id PAULLUS per exemplum illustravit, quod Compilator ad aliud ULPIANI fragmentum junxit, ejusmodi argumenti: — *servitutem non posse ultra constitui, quam quatenus ad ipsum fundum opus sit.* — Nunc apte Justinianeus alterum loquentem facit hunc in modum [1]): —

> *veluti: si figulinas quis haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur; — sicuti in quibusdam fieret, ut amphoris vinum eveheretur, aut ut dolia fierent, vel tegulae ad villam aedificandam. — Quodsi, ut vasa venirent, figulinae exercerentur, usumfructum esse. — Item longe recedere ab usufructu jus calcis coquendae, et lapidis eximendi, et arenae fodiendae, aedificandi gratia, quod in fundo sit: item silvae caeduae, ut ne pedamenta in vineis desint. Quid ergo, si praediorum haec meliorem caussam faciant? Non esse dubitandum, quin servitutis sit.*

Liceat ad hoc exemplum aliud conformem. Terra in tuo defoditur, ex qua vitrum Sinanum, quod

porcellanum appellatur, percoqui possit. Tibi autem ergasterium instituenti deest, qua ad illius confectionem opus est, arena, quae cum in vicino agro candidissima et pretiosissima inveniatur, servitutem arenae fodiendae cum vicino stipulatus fueris, ita ut, quantum satis officinae tuae, ex alieno sumere liceat. Et quaeritur, an ea servitus, an ususfructus videatur? Atque ex illo PAULLI exemplo certe respondendum, usumfructum non esse, sed servitutem, quoniam materia illa, ex qua vitrum Sinanum conflatur, per se jam utilis usu, mixtura arenae utilior tantummodo reddatur, ideoque ex tali arenae fodiendae servitutis consuetudine ipsius fundi melior caussa et usus existat. Quod quidem et parum contra servitutum naturam esse videtur. Nam licet ipsarum rerum, quae servitutis nomine debentur, ususfructus non sit, neque fructus nomine debeantur, ita, ut ipsas quasi a commercio ejus, cui servitus debeatur, exemtas res dixeris; nihilominus tamen ex *ipso servitutis usu* fructus veniunt. Fac enim, te habere jus in alieno pinguem fodiendi terram ad pinguefaciendos agros tuos, — aut calcis sumendae ex alieno pratis tuis purgandis, — numne, si ager tuus pinguior redditus pinguiores reddat fructus, sic quoque servitutis fructus veniunt? Quid? an

fructum, id est, reditum esse statues, nec ne, si quid pluris ob gratum et amoenum, qui ex servitute debetur aedibus, prospectum locator a conductore pensionis nomine acceperit? Quid dicendum est de servitute pascendi? Manifesta haec et apertissimi juris sunt.

Ut vero ad illam, quam modo proposuimus, speciem redeamus, an judicium forsitan mutabis, si dominus fundi, in quo *arena* illa condida defoditur, jus sibi paraverit, ut ipse ad exercendam ejusmodi officinam ex alieno *Sinanam* terram eximat? Nostro quidem judicio servitus personae magis, quam rei videtur. Nam, — quod et ex Paulli exemplo colligere licet, et ex ipsa servitutum natura, — interesse putamus, an accedat aliquid rem principalem, an principalis res sit, quae ita in stipulationem deducatur, ut ejus fructus sit. Vasa, quibuscum vinum seu oleum venditur, principalis res non est, neque in eo, quod dedimus, exemplo, arena; accedere potius videntur ad rem principalem. Etsi enim maxime candida et pretiosa sit, tamen ex sola arena ergasterium porcellanicum institui non potest, cum principalis vitri porcellani pars terra Sinana sit.

Quodsi is, qui ad exercendum ejusmodi ergasterium arenae fodiendae servitutem sibi com-

paratam habet, postea neglexit et sustulit fabricam, an servitus manet? Respiciendum esse puto ad id, quod actum est. Si enim in lege agri ita dictum est: *quantum satis officinae*, sublata officina servitutem evanescere existimo. Sed si simpliciter servitutis mentio facta sit, aut: *quantum satis usui*, rectius videbitur, sublata licet fabrica, eam, quatenus arenae ad ipsum fundum usus sit, manere servitutem. At vendere, locare, donare, usuifructui dare arenam, arenacquae usum, non licebit; quin etiam cum fundo, aut cum fabrica licebit, quia nihil interest, an dominus fundi, cui servitur, ipse, an alius nomine ejus possideat, exerceatque servitutem.

Quodsi aliquis usum ejus rei, quam servitutis jure habere non potest, tamen ita habere velit, ut tutus sit, ne amittat jus, qua demum ratione sibi prospiciendum erit? Ob tantam pecuniam, quanta emerit usum rei, ipsum fundum servientem sibi obligandum curet, ita, ut quilibet successor singularis usum in fundo suo exerceri patiatur, aut, ut PAULLUS [2]) loquitur, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur. — —

Quod igitur vulgo traditur, fructus in servitute non venire, id ita erit accipiendum, ut, nulla

adhibita nec consumtione, nec adjunctione, nec confusione, res ipsae, quales quales sunt, venire non possint fructuum nomine, veluti: *si quis viam habens per alterius fundum, aliis viam concedendo, vectigal quoddam capere vellet.*

[1]) L. 5. ad fin. L. 6. De serv. rust. pr.

[2]) L. 12. de pignoribus. — Quod quidem fragmentum infra plenius explicabitur. Thibaut's Civil. Versuche, 1. Band 1. Abhandlung, ad finem.

§. 9.

Qui fructus servitutis esse dicuntur.

Technicum quasi verbum est: *utilitas servitutis.* At fructuum quoque fit mentio; sed longe alia ratione, quam, quae fructuum plerumque notio est. Quanti enim interest agentis servitute non prohiberi, id est, quantum pervenisset commodum ad dominum servitutis et quantum evitasset damnum servitute non prohibitus, fructuum nomine id venit. Item e contrario, si quis contra jus servitutem occupaverit, agi potest ad id, quanti interest, *non usum fuisse servitute adversarium;* et id quoque fructuum nomine venit [1]). — Haec, quamvis pusilla videantur, omittenda tamen plane non erant.

[1]) L. 4. §. 2. l. 5. §. 6. Si serv. vind. — l. 19. de usur. et fruct.

§. 10.

Servitutem esse individuam.

Quemadmodum autem servitutis jus perpetuum est, ita servitus quoque una ac tota est, neque divisionem recipit. Qua in regula varia sunt, quae perpendas. Primum enim servitus divisionem non recipit, quod ad juris exercitium, et ad rem, quae in servitutis stipulationem venit; deinde, quod ad fundos attinet, totum dominans praedium exercere, totumque serviens pati servitutem traditur; — qua in re tamen respicias ad diversam servitutum indolem, — postremo, etsi aut serviens aut dominans fundus plures dominii socios habeat, tamen, quia dominium unum ac indivisum intelligitur, ad unumquemque dominorum una quoque ac tota servitus spectare intelligitur; quapropter, si unus servitute usus est, ceteri non, unus, qui usus est, ceteris jus retinebit, fundi nomine. De his igitur, quas proposuimus, speciebus, breviter disserere lubet. — Quod enim Icti Romani statuunt: pro parte dominii servitutem neque *adquiri*, neque *remitti* posse, — ex hoc quidem exit, sed aliud quoddam est, et ad inutiles servitutum stipulationes referendum.

Et hoc quoque loco non dispiciendam esse puto distinctionem in faciendi, habendi et prohibendi

servitutes. Nam quas ultimas nominavi, divisionem prorsus non recipere, per se intelligitur, quia ipsa ejusmodi servitutis possessio continua, si serviens nihil contra servitutem fecerit, nunquam interpellabitur. Habere simul et non habere; prohibere simul et non prohibere, — inimica sibi invicem inter se pugnam committunt. Nam una ac tota servitus, aut nulla erit; quod quoniam manifestum per se intelligitur, urbanorum praediorum servitutum Icti Romani de indivisa servitutum natura disserentes, ne mentionem quidem fecere. Rusticorum autem praediorum, seu faciendi servitutum alia ratio est; primum, quia alio atque alio modo exerceri possunt; deinde, quia ipsum servitutis exercitium interdum quiescit. Nihilo minus, una ac individua faciendi quoque servitus est, non quod ad factum et juris exercitium, sed quod ad juris naturam et rem servituti subjectam attinet.

His, quae monere necesse judicavimus, praemissis, ULPIANUM audiamus [1]):

Una — inquit — *est via, etsi per plures fundos imponatur, cum una servitus sit.* — —

Non possum me continere, quin Ictum reprehendam, cui rectius sane haec utenda ratio fuit: —

unam esse *servitutem* viae, licet per plures fundos impositam, cum *una* via sit. — Pergit autem bene hunc in modum:

> *Denique quaeritur: an, si per unum fundum iero, per alium non, per tantum tempus, quanto non utendo amittitur: an retineam servitutem? Et magis est, ut aut tota amittatur, aut tota retineatur. — Ideoque si aut nullo usus sum, tota amittitur, si vel uno, tota servatur.*

[1]) L. 18. de serv. praed. rust.

§. 11.

Quid sit, quod servitus ad omnes fundorum partes referatur.

Zacchariades [1]) in libro, quem jam saepe laudavimus, simpliciter et quantum scio, primus tam simpliciter, quasi res per se clara explicatione non indigeret, statuit: *servitutem ad omnes fundi partes pertinere*. Sed haec regula non ejusmodi est, ut ne modus in servitute constituenda adjici possit. Fac enim te habere servitutem tigni immitendi; ea tantummodo aedium vicinarum pars serviet, ubi tignum immissum est, ceterae partes liberae sunt: sic e contrario ei tantummodo aedium tuarum parti servitur, ex qua tignum in alteras aedes immissum est; ceteris partibus nihil debetur. Eadem pro-

hibendi servitutis ratio est, utputa: si tibi competit, ne alter certam aedium partem altius tollat: aut: — ut luminibus tuis, quae nunc sunt, né officiat. — Eadem demum ratio est servitutis faciendi seu praedii rustici, veluti: si concessum tibi est, non nisi ad certam fundi partem aquam ducere. — Jam ex his colliges, non in universum illius regulae locum esse.

Pertinet autem ea potissimum ad *iter*, *viam*, *actum*, *pecoris ad aquam adpulsum* et jam a XII. tabulis profecta videtur; quod ex CICERONIS oratione pro A. Caccina [2]) perspicere licet, ubi de aequo jure et de juris interpretatione orator philosophatur. Haec ejus verba:

Si via immunita sit, jubet lex, qua velit, agere jumenta:

ex similibus Digestorum fragmentis lucem capiunt, et haec iterum illustrantur TULLII verbis, qui monet, civilem et benignam, nec vero absurdam esse adhibendam legis interpretationem; posse enim ex legis verbis intelligi, licere, si via in Brutiis sit immunita, agere, si velit, jumentum per M. Scauri Tusculanum, id est, per remotissimum praedium. — Similiter quoque JAVOLENUS in libro X. ex Cassio [3]):

Si iter actusve sine ulla determinatione legatus est, modo determinabitur, et qua primum iter determinatum est, ea servitus consistit, ceterae partes agri liberae sunt.

Alio SABINUS et CELSUS utuntur exemplo [4]):

Quemadmodum enim, servitute simpliciter cessa aut relicta, rivum primo per quamlibet fundi servientis partem ducere liceat, — modo civiliter, id est, ex aequo, et cum minimo servientis detrimento id fiat, cum dominans aeque commode per alium locum ducere possit, — et quemadmodum, posteaquam ductus sit, transferre non liceat; sic quoque viae, ubi primo directa fuerit, mutandae potestatem non esse.

Ad modum igitur servitutis constitutae respiciendum erit. — Quid autem sibi vult illa regula, quam stabilire Ieti Romani sane voluere: servitute simpliciter constituta, *omnes fundi glebas servire?* Hoc maxime existimo, non *illam* viam, — nam de via, ut monuimus, omnis Ietorum sermo est, — sed indistincte et promiscue *viam* nobis deberi.

Mirum est, quantum in modum reniti videatur huic nostrae explicationi JAVOLENUS; qui quidem in libro X. ad Cassium statuit [5]): si totus ager

itineri aut actui serviret, dominum in eo agro nihil facere posse, quo impediretur servitus, quae ita esset diffusa, *ut omnes glebae servirent*; — ille, inquam, in eodem libro X. ex Cassio [6]):

> *Si locus* — ait — *per quem via, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta, restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur. Quodsi id tempus praeterierit, ut servitus amittatur, renovare eam cogendus est.*

Hoc sane jam aequitas et ratio efflagitant, atque idem plane PAULLUS [7]) in libro XV. ad Plautium in alia caussa probavit: *reviviscere, atque, interrupto usu, non amitti servitutem aquaeductus, si caput fontis, quod exaruerit, ad suas venas rediret, quamquam tempus, intra quod non utendo servitutes amitterentur, jamjam esset praeterlapsum.* —

Quodsi JAVOLENUS, cum omnes fundi glebae servitutem sentiant, dominum fundi servientis aliam prorsus viam praestare debere, judicium tulisset; equidem nullo modo repudiaremus. Ut enim PAULLI exemplum et argumentum rivi diligentius inquiramus, aquagium non amitti putamus,

si ex aliqua naturali caussa, veluti terrae motu, vetere alveo relicto, rivi cursus plane alius exstiterit, dummodo caussa servitutis remaneat, quae in hoc exemplo fons est, id est, si ille fons exstinctus non sit. Idem in via inundatione occupata, vel vi fluminis a praedio serviente avulsa judicandum exstimo, dummodo caussa servitutis maneat efficiens, ut servitus constitui *possit*, et, ut servitus constitui *debeat*; hoc est, ut sit, in quo consistat — *fundus* — et ut adsit finis, quem consequi expediat, — *utilitas servitutis*.

Igitur ex illo JAVOLENI exemplo id eruere non licebit, quod, cum viae servitute imposita omnes fundi glebae servire quodammodo videantur, contra genuinam servitutum naturam certare dixeris. — Numne autem conciliandi ratio erit? — Est sane, eademque haud procul sita, eademque in ipso Icti fragmento latens. Ait enim:, „restituto loco, servitutem viae *in pristinum statum* restitui debere, et vicinum renovare cogendum esse *eam*, quae tempore praeterlapso amissa sit. — Quod sane cum simili PAULLI sententia aptissime cohaeret, cujus locum animo cesidisse confiteor. Hujus autem argumenti illa sententia est. — „*Si quis aestivae aquae ducendae jus nactus per biennium*

hieme aquam duxerit, statuendum erit, amissa aqua aestiva, aliam servitutem eum sibi adquisivisse." [8]). — JAVOLENUS in alia specie aliter judicavit. An mirandum id tibi videtur? Hic enim uti servitute ita non potuit; alter potuit, nec tamen ita voluit uti, quemadmodum debuit. Uterque, quam primo habuit, servitutem ipso jure amisit, aliam pro alia adeptus; sed ille, qui non sponte amisit, dignus videtur, qui restituatur in *pristinum servitutis statum,* utpote commodiorem.

Verbosi nimis fuimus. Sed ex hoc verborum cumulo colligere licet, quanta sit nostra adversus Ictos Romanos benignitas, quorum, ut salvus sit honos, nullo defatigamur labore. Nam aut hunc, quem eruimus, sensum habet illud JAVOLENI fragmentum, aut nullum.

1) Diss. de servitutibus. §. 3 et 9.

2) Cap. 19. §. 54. — Vid. quoque FESTUS: voc. *Amsegetes.*

3) L. 13. §. 1. de serv. pr. rust.

4) L. 9. de servitutibus.

5) L. 13. §. 1. de serv. pr. rust.

6) L. 14. Quemadm: serv. amitt.

7) L. 35. de serv. pr. rust.

[1]) Simile quid legitur in fr. 5. §. 1. de aqua cott. et aest. — et fr. 10. §. 1. Quemadm. serv. amitt.

§. 12.

De fundorum divisione.

Ex eo autem, quod stabilivimus, principio sequitur aliud quoddam: dominum fundi servientis nihil facere debere, quo impediatur servitutis usus; quamvis, via semel directa, ceterae fundi glebae a servitute liberentur, quippe civiliter exerceri jus debeat. Sic quaerendi et excitandi aquam ad iter decursuram jus ademtum est servientis fundi domino, quia impediretur viae usus [1]). Sic aquae quaerendae facultas non erit concedenda, si, quaesitis a domino fundi aquis, alterius, cui servitur, aqua aut minueretur aut averteretur.

Jus faciendi ad omnes fundi dominantis partes spectare et ad omnes fundi glebas redundare intelligitur; qua ex ratione consequitur, servitute ita constituta, si fundus inter socios dominii dividatur, aut particulatim venierit, omnibus partibus, ut antea pro indiviso, nunc pro diviso, adhaerere servitutem. Diximus caute: *servitute ita constituta.* — Nam necesse est, cujuslibet partis fundi divisi

intersit, ut servitus retineatur. Si enim fundus fundo aquaeductum et propterea iter quoque ad fontis caput debeat, sed ita, ut ad certam tantummodo fundi partem aqua ducatur; fundo diviso, servitus aquae illam quoque fundi partem sequetur, cui antea fuit, neque alterius fundi partis intererit, cum aquam non habeat, iter deberi. — Quod quidem iterum in simplici via aliter paullulum evenit. Nam servituti viae id proprium est, ut a quolibet fundi dominantis loco proficisci et incipere videatur. Diviso igitur fundo, cuivis parti totum iter debebitur, utpote res mere incorporalis, quae omnem prorsus respuit divisionem. Nam aqua res corporalis est, et inter dominos fundi divisi ex conventione dividi potest, nec vero via, quae aut tota debetur, id est, in solidum unicuique, aut nulla.

Illud autem notandum est: si fundus ita divisus sit, ut una regio intermedia existat inter fundum servientem et alteram dominantis partem, — cum nisi per praedium intermedium servum faciendi servitus propagari nequeat, — partem intermediam praestare debere, ut aditus sit ad fundum servientem [2]).

[1]) Habet aquae pluviae arcendae actionem. l. 25. Aq. pl. arc.

[2]) Vid. de his l. 6. D. Quemadm. serv. amitt. — et ad eam l. Cujacii recitt. ad ff.

§. 13.

Collectio dictorum.

Nunc autem, quae hucusque tradita sunt, ita colligere lubet, ut uno quasi oculorum obtutu totum capias.

Servitute constituta, utilitas quaedam ad te perveniat; — et sane, amoenior si ex servitute fundi caussa redditur, utilitatis ratio est. Cum autem perpetuum sit servitutis jus, res, quae in stipulationem veniant, debere perpetuas esse, demonstravimus, ne unquam utilitatas servitutis desinat esse; talem quoque esse debere et praediorum et rerum naturam situmque, ut alter fundus ab altero utilitatem percipere possit; neque ex ipso servitutis jure is, qui debeat, ad faciendum adigi, neque ultra, quam ad fundum opus sit, juris exercitium protendi posse, ne servitus gliscat ad usumfructum. — Unam esse ac totam servitutem: id autem maxime in quaestionem venire, si de amittenda et retinenda servitute

contendatur. — Postremo docuimus, si non corpus, veluti aqua, in stipulatum deductum sit, sed merum jus et res incorporalis, veluti iter, si forte ea, quemadmodum prius exercueris servitutem, inutilis reddatur ratio, aliud in locum ejus praestari debere.

De

servitutibus praediorum.

Pars posterior.

Prooemium.

Difficile est proprie communia dicere: inquit HORATIUS, id est, ad ea, quae omnibus sunt in promtu, ita respondere, ut singulare et ingenii et judicii acumen probetur, utque res novam per nos capiant venustatem et dignitatem. Nobis quoque in hoc, quod peregimus, capite communia omnium Ictorum exponentibus, clamandum erit cum HORATIO: *difficile* est! — Sed nunc ad ea nosmet accingimus, quae communia minime sunt, ad amoenius sane processuri molimen!

Cap. III.

Quae quasi servitutes esse dicuntur.

Illud probe tenendum est, servitute imposita perfectum alterius jus et dominium minui, alteriusque augeri. Quod si ex alterius juris perfecti deminutione nullum tibi adcrescat dominii augmentum, servitus esse non debet. Si vero talis rerum situs sit, ut haec res ab altera incommodum patiatur, — aut — si juri placuit, certum rei propriae usum, dominiique modum et exercitium domino praescribere; — id magis pro certa rerum conditione, quam pro servitute erit habendum. Quod enim modo diximus, eam demum esse servitutem, quae alterius jus perfectum deminuat, alteriusque augeat; an inde servitutem statueris, si quid natura ita fit, ut aliter fieri non possit? — aut si lex civitatis domino rei cuivis finem utendi imposuit, quo minus, re abutendo, alterum laedat, damnoque et injuria afficiat? — Tantum abest, ut verae hae servitutes sint, ut vicinus, si

quid remiserit de jure suo perfecto, servitutem *alteri* concessisse, sibique inposuisse videatur [1]).

[1]) Vera autem servitus erit, quam judex ex aequo et bono alteri imposuerit, ne alter omni prorsus rei propriae utilitate destituatur. Legato igitur prato, quod veluti insula in medio tuo fundo consitum est, via quoque mihi debebitur, quam, si mihi denegaveris, judex, ut mihi praestes, te coget. l. 41. de serv. praed. rust. l. 2. §. 2. Si serv. vind. — Caveas igitur miscere varias has conditiones.

§. 1.

De aqua pluvia.

Naturaliter cuilibet fundo inferiori impositum est, ut aquam pluviam a superiore ad se profluentem excipiat. Ob talem autem fundorum situm et naturam jus civile mox hujus, mox alterius necessitati succurrens varia posuit et stabilivit ad imaginem et similitudinem servitutis, id est, finem modumque utentibus dominio praescripsit, ne graviore alter, quam par esset, damno et onere afficeretur. Ademta enim est dominis nunc faciendi, nunc prohibendi facultas. Dominus fundi inferioris, in quem aqua pluvia decurrit, nihil facere et moliri debet, ex quo aqua in superiorem fundum redundet; superioris fundi domino neque novum faciendi, neque opus tollendi facultas est, ex quo

aquae vis vehementior, major, citatior irruat ad inferiorem, aut aquae cursus corrivetur [1]).

Verum etiam adempto alteri jure prohibendi, alteri faciendi jus concessum est. Talem enim LABEO proposuit speciem [2]): *fossam veterem fuisse, agrorum siccandorum causa, nec memoriam exstare, quando facta esset: hanc inferiorem vicinum non purgasse et sic factum esse, ut, ex restagnatione ejus, aqua fundo superiori noceret.* — — Statuit igitur Ictus, cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum fossam redigere.

Similiter quoque inferior vicinus in fundo superiore nonnunquam facere aliquid debet: utputa: si aquae impetu aggeres alvei aquam pluviam ad te ducentis aut infirmiores redditi aut rupti fuerint, coges vicinum, ut in agro ejus aggeres te munire patiatur. — Quod ita denique verum esse traditur, si lege agrorum certus faciendi modus dictus non sit; si enim fuerit, servitus faciendi imposita intelligitur, sin minus, agrorum natura servanda erit [3]).

Haec autem actio, quae aquae pluviae arcendae nomine venit, locum habet in damno nondum facto, sive alter inceperit tantummodo opus, ex quo damnum timetur, sive perfecerit. Quodsi ex

opere perfecto aliquid damni antea injuste dati dominus fundi senserit; *quod vi aut clam*: agendum erit [4]). Et contra is, qui opus molitur, ex quo alter damnum timet, poterit cavendo de damno futuro removere actorem.

Stricto quidem jure non nisi domino contra dominum alterius fundi ea actio competit; ceteri, ut usufructuarius aut colonus Interdicto: *Quod vi aut clam*, tenentur. Nam personalis proprie haec actio est [5]). Si igitur dominus fundi opus fecit, ex quo aqua esset nocitura, cogitur ipse tollere opus propriis impensis, si alius fecit, qui ad dominum non pertinet, sufficit, ut patiatur dominus, alterum tollere. Quisnam autem is est, qui ad dominum pertineat? Qui in manu mancipiove ejus est [6]), et testator, in cujus universum jus successit. Usufructuarius vero et colonus si quid fecerint, eorum nomine dominus non tenetur, tollere opus, sed ipsi tenentur ex Interdicto. Quamvis igitur, ut diximus, stricto jure, non nisi domino contra dominum competat actio, tamen ex Pomponii [7]) fragmento quodam intelligere licet, in eo casu, ubi non competat Interdictum: *Quod vi aut clam:* esse utilem aquae pluviae arcendae actionem fructuario et in fructuarium concedendam. Colono quoque, qui fundum con-

duxit, utilem actionem aquae pluviae arcendae contra dominum fundi vicini dandam esse, ex illo Pomponii fragmento haud dubito. Praeterea inest ICti sententiae, domino fundi, cui, opere a fructuario aut colono exstructo, aqua noceat, eligendi potestatem esse, aut legitimam actionem cum domino proprietatis experiri, aut utilem cum fructuario, prout commodius ei videatur.

Haec autem, quam Pomponius comprobavit, utilis aquae pluviae arcendae actionis competentia Interdicti: *quod vi aut clam:* utilitatem non excludit. Nam de damnó a fructuario aut colono, qui fundum conduxit, jam dato, cum domino proprietatis agi non potest. Usufructuarius ipse autem et colonus, Interdicti vi, damnum praestare, et impensas pensare, et propriis impensis opus exstructum tollere tenentur.

Haec abunde de hac re dicta videntur; quam si penitus discere velis, ipsa Ictorum fragmenta, eaque a Westphalio [8]) uberrime collecta inspicias. Illud insuper monere juvabit, dominum de damno futuro cavere tantummodo et promittere; eum autem, qui dominus non est, satisdare debere; quod, quamquam in titulo Digestorum de aquae pluviae arcendae actione nuspiam legi,

tamen ex similitudine rerum conjiciendum esse puto [9]).

[1]) L. 1. §. 1. 13. 22. de aq. et aq. pl. arc.

[2]) L. 2. §. 1. eod.

[3]) L. 1. §. ult. eod.

[4]) L. 1. §. 1. L. 14. §. 3. eod.

[5]) L. 6. §. 5. etc. eod.

[6]) Ita tamen ut in servo noxae datio valeat. L. 6. §. 7. eod.

[7]) L. 22. eod. — quamvis dissentire videatur ULPIANUS l. 3. §. 4. eod.

[8]) WESTPHALIUS de libertate et servitutibus praediorum. §. 436.

[9]) L. 9. §. 4. 5. l. 10. de damno infecto. l. 14. §. 3. de aq. pl. act. — Ceterum notandum est, hujus actionis initium ex lege XII. tabularum esse petendum, L. 21. pr. D. de statu liberis. — unde JAC. GOTHOFREDUS sic legem restituit: „*Si aqua pluvia manu nocet, praetor arcendae aquae arbitros tris addicito, noxaeque domino cavetor.*"

§. 2.

De arboribus.

Sunt aliae quoque dominii circumscriptiones, quas CAJUS [1]) in libro IV. ad legem XII. tabularum prodidit, ad instar legis a SOLONE scriptae compositas:

Si quis sepem ad alienum praedium fixerit, infoderitque, terminum ne excedito; si maceriam,

pedem relinquito; si vero domum, duos pedes; si sepulcrum aut scrobem foderit, quantum profunditatis habuerint, tantum spatii relinquito; si puteum, passus latitudinem; at vero oleam aut ficum ab alieno ad novem pedes plantato, ceteras arbores ad pedes quinque.

Huc quoque pertinet Interdictum: *de arboribus caedendis*: — quod aeque ex duodecim tabulis in jus Praetorium migravit. — Si enim arbor ex aedibus tuis in *aedes* alterius impendet, jubet Praetor eam adimi — ex sententia Ictorum Romanorum — *totam.* Quod si dominus arborem non ademerit, permittitur ei, cui arbor officit, ut succidat, lignaque tollat. — Item, si arboris tuae umbra fundo meo nocet, adigere te possum, ut ad XV. pedes alitudinis *a terra* [2]) eam coërceas; quod ni feceris, mihi ipsi eam coërcere lignaque habere licebit.

[1]) L. 13. D. finium regundorum.

[2]) L. 1. §. 7. de arboribus caedendis. — — Celeberrimus Dominus Hugo in historia juris, §. 74. nota 1. edit. 4., cum Basilicis intelligit alteriores XV. pedibus ramos, id ast, ramos, qui supra XV. alititudinis pedes excedunt; pro qua sententia quoque l. 13. finium regundorum — certare autumat. Parum certat; nam dictae l. 13. longe alia ratio est; quod cum videret doctissimus vir, in novissima editione V.

hoc argumentum omisit. Quid autem valere debet Basilicorum lectio, quae clarissimis Digestorum verbis repugnat? — *quindecim pedes altius a terra.* — In novissima editione aliam insuper adfert rationem. — *Vulgarem* — inquit — *si sequimur interpretationem legis, minores XV. pedibus arbores radicitus essent exstirpandae. (!)* — Sed ULPIANUM in dicto tit. D. tunc demum ramos esse caedendos, statuere, si arbor in agrum alterius *impedeat*, id est, quod magnus vir, quo tutior fiat sententia, intelligere non *voluisse* videtur.

§. 3.

Quam quasi servitutem venti caussa lex statuit.

Imperator JUSTINIANUS quoque novum circum circa dominium scripsit finem. — Non enim ordinem sequi placet, mox de iis, quae antiquissimi juris sunt, dicturi. — Statuit autem: quoniam fructus aridi conculcatione suam naturam acciperent, juxta aream alterius neminem vicinorum ita extollere debere aedificium, ut ventus excluderetur [1]). Quid autem si vicinus remiserit de jure suo, alterique cesserit, juxta aream suam aliquid aedificatum habere? Servitutem sibi imposuisse videbitur. Id enim est, quod diximus, ex *perfecto* demum alterius jure deminuto, alteriusque aucto, juste constitutam servitutem nasci.

[1]) L. 14. §. 1. Cod. de servitutibus et aqua.

§. 4.

De alitudine aedificiorum privatorum lege praescripta [1]).

Publica fuit lex Romanis, quae altitudini aedium privatarum modum imposuit, prima, quantum scimus, auctore AUGUSTO profecta, postea saepe in desuetudinem versa, a NERONE restituta et a TRAJANO paullulum immutata; donec labentibus saeclis et post multas fortunarum rei Romanae vices a ZENONE et JUSTINIANO longe alia sub specie et forma, Romano imperio Byzantium translato, renovabatur. — Ob multa nimii luxus aedificandi incommoda, et maxime, quod ex immensa aedium altitudine crebrae ruinae sequebantur, AUGUSTUS, teste STRABONE [2]), altitudinem aedificiorum, quae, ad *publicas vias spectantia*, *nova* extollerentur, ad pedes LXX. altitudinis restrinxit. *Eadem* lex jam obliterata a NERONE restaurata videtur, teste SUETONIO [3]), et denuo in desuetudinem versa a Trajano hunc in modum restituebatur, ne cui *omnino* liceret, quam *sexaginta* pedes altius aedificare [4]). Jamjam autem PAULLI et ULPIANI temporibus illa Trajani lex antiquata videtur.

[1]) Vid. SELCHOWII diss. de servitute altius tollendi. — BRISSONII select. quaest. lib. I. c. 1 et 2.

²) SELCHOW §. XV. STRABO Lib. V. pag. 359. ed. Almelov.

³) SUETONIUS in vita NERONIS. cap. XXXVII.

⁴) AURELIUS VICTOR, epitome de Caesaribus, in vita TRAJANI, ad finem.

§. 5.

De servitute altius tollendi.

Ait enim PAULLUS ¹) in libro XXV. ad Sabinum:

> *Cujus aedificium jure superius est, ei jus est, in infinitum supra suum aedificium imponere, dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent.*

At vero ULPIANUS ²) in libro I. de officio Consulis statuit quidem, eum, qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, *formam et statum antiquorum aedificiorum* custodire debere; sed addit statim: *arbitrum* accipi posse, si non convenisset inter vicinos, ad quam altitudinem extolli aedificia oporteret.

Fuit illa publica lex, quam TRAJANUS constituit. An vero de publica lege pactio valet? Et quid demum pactio valere potest de ea lege, quam oblivioni traditam contendimus? Quippe quae ad privatorum quoque caussam et utilitatem

pertinuit. Ea legis pars obliterata non est. Mansit igitur lex, sed, privatorum utilitate haud remota, publica desiit esse.

Duae igitur sunt servitutes, ne altius aedificetur, una contractu seu alio modo adquisita et imposita; altera ex lege quasi servitus debetur, ea quidem ex ratione, quoniam ex illa dominii circumscriptione, quae proprie non nisi propter communem civitatis utilitatem imperata et sancita est, commodum quoque vicinus et augmentum sui dominii ferat et participet. Vera tamen servitus non est, quod modo diximus, sed potius rerum conditio, sine qua dominium in civitate habere nulli licuit. Quid igitur? Si ego de hoc meo jure perfecto aliquid remiserim et vicino concesserim, aedificare altius, quam lex publica civitatis, ex qua consequenter meum quoque commodum proficiscitur, permittit; an non perfectum meum, quod in dominio erat, jus deminuisse me dices? annon altera pars servitutem altius aedificandi sibi quaesivisse videbitur?



Haec autem servitus altius aedificandi seu extollendi una eademque est atque ea, quae *officiendi luminibus vicini* nomine venit, quod quidem ex multis Ictorum fragmentis apparet [3]). Nam qui altius aedificat, officit re ipsa luminibus vicini.

Est FEUERBACCHII de servitute luminum disputatio, in qua etiam servitutis altius aedificandi seu luminibus officiendi explicatio subministratur. Statuit ille vir inter multos insignis, ille in erroribus quoque insignis, *altius aedificandi licentiam ex jure et virtute dominii cuilibet competere, nec servitute opus esse ad eam comparandam, sed libertatem rerum sufficere.* — — Quod quidem secus est, ut modo demonstravimus. Pergit autem argumentando:

passivam esse eam servitutem, qua constituta, fundum servientem debere praestationem, (!) *ita ut vicinus serviens aedificium ita exstructum haberet, ut ardores solis et lumina ad me perventura exciperentur* [4]).

An FEUERBACCHIUS hanc suam sententiam, ut et totam de luminum servitute disquisitionem seria mente promserit et instituerit, an lusum exercere voluerit, id et affirmare et refutare haesito. Magna enim in verbis inest vis et persuasio, sal et eruditio, magnum in elaborandis sententiis studium, et veritas quoque singularum rerum, et virtus, nisi ad eum quem auctor sibi proposuit finem spectans *unum* esse vitium mendaciumque dixeris. Qui enim fieri potuit, ut doctissimus vir servitutis altius tollendi naturam in eo constitueret, in quo servitus nulla consistere potest?

In idem incidit vitium, luminum servitutem explicans, de qua re mox disserendi locus. Quod autem ad altius aedificandi et luminibus officiendi servitutem attinet, quam ex publica de altitudine lege explicare studuimus, non possumus, quin aliud, tanquam pignus nostrae sententiae, ULPIANI fragmentum adferamus, quod apud neminem hac de re tractantem inveneris. Ait Ictus in libro LII. ad Edictum:

> *Nunciatio novi operis fit aut juris nostri conservandi caussa, aut damni depellendi aut publici juris tuendi gratia. Nunciamus autem, quia jus aliquod prohibendi habemus,* scilicet ex servitute constituta, — *aut ut damni infecti nobis caveatur ab eo, qui forte in publico vel in privato aliquid molitur, aut* — *publici juris tuendi gratia* — *si quid contra leges edictave Principum* — scilicet, Augusti, Neronis, Trajani — *quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiat* [5]).

Qui quidem Icti locus ita rem omnem illustrat, ut addere aliquid, longe supervacaneum existimem.

[1]) L. 24. D. de serv. pr. urb.
[2]) L. 11. D. eodem.
[3]) L. 2. 6. 11. 12. 31. D. eodem.

[4]) Feuerbach's Civil. Versuche. 1. Versuch. — Eandem opinionem Glossa secuta est; similitudinis ratione *libertatem* appellari *servitutem*, ideoque inpropric sic dictam accipi debere; nihilominus servitutem *esse posse*, ut alter altius sublatum habere deberet, quod quidem mihi commodi esse posset, licet luminibus meis officeretur, utputa si propter gratum solis lumen aut propter amoenum prospectum plures homines venirent ad me et expensas ego propterea majores facerem. (!!) — De Theophili sententia mox dicetur §. 11.

[5]) L. 1. §. 16. 17. D. de novi operis nunciatione.

§. 6.

De constitutione Zenonis et de ambitu aedium [1]).

Legibus ab Augutso, Nerone, Trajano aedificiorum caussa constitutis, Zeno imperator, Romano imperio Byzantium translato, similem legem, cui tamen et alia injunxit, constituit. Ut igitur omittamus, quae de aedium altitudine valere jussit, — haec enim magis ad Constantinopoleos, quam ad Romae aedificia pertinere videntur, — id maxime indagare et eruere lubet, quod de jure ambitus in ea traditum est, quoniam hanc legis partem maxime ad *veterum legum* similitudinem compositam credimus, et inde servitus luminum, ut nobis quidem videtur, facili negotio explicari potest.

Aedificia Romanorum aut contigua erant, aut inter se distabant. Locus ille, qui interjacebat, ambitus, id est, iter circum circa insulam, seu spatium, seu pedes inter aedes vocabatur [2]).

Jam lex XII. tabularum usucapionem inter *quinque pedes* esse noluit, quam quidem legem MAMILIUS quidam, forsan Tribunus ille, cognomine LIMETANUS [3]), qui etiam contra corruptos a JUGUSTHA, Numidiae rege, principes et duces rogationem ad populum promulgavit, renovasse videtur, arbitros, qui hac in caussa regerent fines, addicens singulos [4]).

FESTUS de veterum verborum significatione ambitum in latitudinem *pedes duos et semissem* patere significat, in longitudinem idem, quod aedificium. Cujus differeutiae caussam aut ex diversitate aetatis arcessiveris, aut ambitum, id est, circuitum circum insulam totam, et spatium seu pedes inter aedes inter se differre dixeris; nisi omnis penitus tolleretur ambiguitas, si statueris, FESTUM totum ambitum divisisse et utrique vicino spatium, quod ad quemque pertineret, attribuisse, utputa duos pedes et semissem. Quemnam autem ad modum res se habeat; de eo dubitandum non erit, sicuti antiquissimis, ita novissimis temporibus jus ambitus, seu spatii, seu pedum inter

aedes valuisse, quod quidem jam videre licet ex rescripto VERI et ANTONINI Imperatorum [5]): — *in area, quae nulli servitutem deberet, posse dominum, vel alium, voluntate ejus, aedificare, intermisso legitimo spatio a vicina insula.* — Quantum illud spatium Antonini temporibus fuerit, an minus, majusve, quam in lege XII. tabularum scriptum erat, id non curamus; satis enim est scire, *legitimum* fuisse.

ZENO in illa lege, quam Byzantii, propter similem forsan aedificiorum formam, de aedium altitudine et ambitu constituit, ea, quae in perantiquis legibus circa hanc rem prodita erant, renovasse videtur. Hoc enim constitutionis argumentum est:

§. 2. *Duodecim pedes* [5]) relinqui debere intermedios inter aedes, a superposita aedificii fundamento parte ad summum usque altitudinis culmen. Ei, qui hoc in posterum observaret, licere domum, in quantam vellet altitudinem, excitare, et *fenestras fabricare, tam quae luciferae dicerentur, tam, quae prospectivae.*

§. 3. Sin autem majus esset spatium, manere debere veterem distantiam, propria urbi jura servandi caussa. — Si vetus aedificii forma

talis esset, ut minus XII. pedibus intercederet, praeter veterem formam aedificium exigere nemini licere, neque fenestras facere prospectivas, quae *antea non fuissent, nisi decem saltem pedes* intercederent; luciferas vero facere licere, utique VI. pedum ab imo pavimento in altum intervallo servato; nullo tamen audente eludere legem et pseudopatum [6]) facere, id est, falsum et fictitium tabulatum seu pavimentum in ipso aedificio; quod si factum esset, accidere iterum, ut luciferae nihil distarent utilitate a prospectivis et sic vicino nocerent.

Haec summa est eorum, quae Imperator de jure ambitus constituit; sed nunc operae pretium habemus videre; quibus ex fontibus hauserit. — Antiquitas sane et leges antiquitatis — Sed melius erit, ipsum audire legis conditorem loquentem:

§. 1. *Et nos* — inquit — *itaque praecipimus, ut, qui proprias domus renovare cupiunt, non solum veterem formam non excedant, aut lumen vel prospectum vicinis auferant, adversus ea, quae pridem constituta sunt, verum etiam addimus, quale jus is, qui aedificat, habere debeat, cum facultatem habet ex pacto seu stipulatione mutandae, si velit, veteris formae.*

Numne igitur, quod *illorum*, *quae pridem constituta erant*, Imperator mentionem facit, quae quidem *per ipsam vocem* retinuisse sese annuit; indicium id videtur, quale antiquum Romanorum circa ambitum aedium jus fuerit? Fuit autem discrimen inter vetus jus et novam legem Zenonis. Attendas animum quaeso. Quemadmodum constitutiones aedificiorum modum et altitudinem praescribentes primum publicae, mox in oblivionem versae ad privatorum tantummodo pertinere coeperunt utilitatem; sic Zeno ex adverso hanc de ambitu legem, quae ante privata fuit, ad publicae legis evexit auctoritatem. Quod quidem ultima a nobis allatae constitutionis verba satis manifeste declarant.

Rem ipsam, quam ex hac constitutione eruere licet, nunc adgrediemur.

[1]) L. 12. Cod. de aedificiis privatis. — Hanc legem Glossa non habet: quid refert?

[2]) Varro de lingua latina. L. IV. 4. Festus de vet. verb. sign. voce *ambitus*. Brissonius select. quaest. Lib. I. c. 2.

[3]) Sallustius in Jugusta c. 40. Bacchi historia juris Rom. II. c. 2. sect. 1. §. 41.

[4]) Cicero de leg. I. c. 21.

[5]) L. 14. D. de serv. pr. urb.

5b) Alia fuit apud Romanos mensura pedis antiqui, ac pedis novi.

6) Corrupta lectio! Forsitan scribendum est: *pseudapedon*, aut: *pseudedaphion*.

§. 7.

De Feuerbachiana luminum servitute.

Inter multa, quae singularia tulit aetas nostra in literis, illa potissimum explicatio servitutis luminum adnumerari debet, quam ante decennium, et quod excedit, FEUERBACCHIUS, quem sagacissimum et doctissimum virum jam saepe laudavimus, Ictis nostris exhibuit. — Quid exhibuit? Inculcavit, inquam, atque recusantibus et renitentibus obtrusit, omnibus, reconditum sapientiae fontem sese aperuisse gestiens. Obstupuere multi, propter inventionis novitatem; nonnulli siluerunt, forsan verecundia moti, excellentisque viri eruditionem venerantes; impugnare demum istam servitutum disciplinam perpauci ausi sunt: apud quos quoniam nuspiam frugi aliquid legi [1]); ipse Feuerbachianam luminum servitutem, quamvis parum expedire dixeris, in censum vocabo.

Est PAULLI ex libro XVII. ad Edictum locus [2]), ubi haec leguntur:

Luminum servitute constituta id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino invitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.

Ut totam Feuerbacchii opinionem, quam ex hoc Paulli fragmento concepit, breviter complectar — nam ejus rationes postea suppeditabimus excerptas — haec est:

servitutem luminum esse umbrarum servitutem! Multis veterum scriptorum locis probat, Romanis, candente Italiae plaga, gratam admodum fuisse umbram [3]). — — Quod quidem assertorem non desiderat. — — Magna cum cura demonstrat, vox *luminum* fenestras significet, necesse non esse, sed lucem quoque et lumina solis eam vocem significare. — — Idque nemo unquam negabit. — — Nunc autem pergit et ad rerum cardinem perveniens, hunc in modum argumentatur.

Si igitur mihi adquisiverim, ut vicinus lumina mea excipiat, id adquisitum videri, ut vicinus tam alte aedificet et aedificatum habeat, quominus sol et lumina solis aedes meas tangant; atque, ut uno verbo comprehendatur, — id adquisitum videri, ut vicinus umbram mihi

praestet. Quemadmodum enim dici possit, et sexcenties dicatur: tela scuto excipere, galea ictus: *ita hoc quoque loco dici:* lumina solis aedificio excipere, arcere mea, *id est, ad me perventura.* (!) *Neque inauditum esse, servitutem ab eo, qui debeat, et ex eo, quod debeatur, nomen accipere. Idem enim contingere in servitute altius tollendi, quae quidem servitus pro una eademque cum servitute luminum habenda sit.* —

Quin immo inauditam duco istam summi viri servitutis interpretationem! Sed altius tollendi servitutem jam supra explicavimus, errore Feuerbacchii vindicato. Idem hoc loco commisit vitium servitutum naturam in eo ponens, in quo consistere prorsus non potest, nisi simul eum ad finem tetenderis: irritam et inanem esse regulam illam in servitutum desciplina fere primariam: *servitutis jure nullo modo exigi posse factum ejus, qui servitutem debeat.* Minime autem hoc loco repetere lubet ea, quae supra de habendi, prohibendi, faciendi modo et ratione copiosius exposuimus.

Si autem has dictiones: *tela excipere scuto, ictus galea:* Feuerbacchius comparat, et, comparatione facta, pro simillimis habet; fugit doctissimum virum, tela, quae scuto excipiantur, non

esse mea, sed hostis et ad me perventura: sic quoque lumina, quae vicinus ex FEUERBACCHII voluntate excipere debeat, non esse mea, sed solis lumina et ad me, nisi alius ea exceperit, perventura. — Quodsi vicinus lumina *nostra* excipere debet, quid aliud actum esse videbitur, quam ut lumina, quae a me proficiscuntur, quaeque ego in alterum mitto, — si hoc quidem fieri possit, — aedibus excipiat?

[1]) Veluti DABELOWIUS, qui verbosius, quam gravius FEUERBACCHIUM refutare conatus est. Quae censor quidam Jenensis scripsit, ea inspiciendi facultas mihi non erat.

[2]) L. 4. D. de servit. praed. urb.

[3]) Quibus addi potuit PLINII histor. nat. XII. c. 1. — ubi pro platani umbrae usu vectigal nonnunquam esse solutum, asseritur.

§. 8.

De vera luminum servitute.

Lumina significare posse fenestras, indubitatum est, neque ab ipso FEUERBACCHIO negatur. Si igitur in ea, quam supra aperuimus, ire via perrexeris, si, ut par est, id tibi persuasissimum habueris, ZENONEM jus antiquum non rejecisse, verum retento juri addidisse nonnulla et ad statum

aedificiorum Byzantii composuisse; aequa atque munita via, neque ullum pergendi impedimentum erit. Quid veteribus legibus addidisse videtur? Id, quod supra jam exposuimus: — *praeter ea, quae pridem constituta fuissent, praecepisse eum, quale jus habere esset concessum iis, qui cum vicino stipulati veterem aedium formam mutare vellent; neque enim cuiquam ex pacto convento licere contra legem fenestras prospectivas pro luciferis habere; itaque, quae prius ad privatorum spectans utilitatem privata lex fuisset, publicam legem Imperatorem sanxisse.*" —

Haec autem juris antiquioris ratio fuerit, necesse est:

De pedibus inter aedes licere dominis quidem pacisci, sed si quis a non domino ambitus partem nactus sit, usucapionem non procedere, sed ejus rei auctoritatem aeternam esse [1]).

Legitimo spatio interposito cuique licere fenestras inter ambitum aperire muro vicino obstantes.

Quod si quis, invito seu inscio altero, inaedificando arctiorem et angustiorem ambitum effecerit, alteri Interdictum: *Quod vi aut clam:* competere.

Quod etsi vicinus condonaverit, tamen inaedificanti, qui arctionem ambitum effecerit, non licere, fenestras habere intra ambitum, quamvis alteri, cum in finibus sese continuerit, habere liceat.

Ast vicinum, si cum vicino etiam hac de re stipulatus fuerit, *hoc jus seu servitutem* sibi adquisivisse, id est, servitutem fenestrarum.

Sed nunc ad PAULLUM revertamur. *Luminum servitute constituta* — ait — *id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra* — id est: fenestras — *excipiat.* — Reliquum ergo est, quid sit: *excipere lumina*: — dispicere. — — Si ad sensum meum latinitatis provocare liceret, absoluta foret res, et composita; Si morem FEUERBACCHII imitari fas esset; lumina apud poëtas et prosaicos etiam *oculos* significare, dicerem, et illud poëtae: *lumina puëllae excipere suae*, ei objicerem. Quid vero? Sane simillima nostri loci ratio est. Quemadmodum enim PLINIUS dicit: *nulli cortex jucundior* — de faba graeca loquitur — *neque oculos excipiens blandius* [2]); — ita quoque, si quae analogia est, dici posse debebit, *rem aliquam excipere oculis*, seu sine ulla adjectione: *excipere rem* — pro — *videre, in conspectu habere.* Excipit igitur oculis vicinus fenestras vicini suis aedibus obstantes,

et patitur, ut alter in fenestras suas et fundum inspiciat, oculosque immittat, qua quidem relatione technica illa verba: *immittere lumina*, et: *excipere*, sibi respondere videntur. Sic quoque: *immittere stillicidia*, et: *recipere seu excipere* [3]), et sic semper notio immittendi notioni excipiendi opposita animadvertitur. —

Qua quidem in re, quod aptum et consentaneum est, sentire, quam grammaticorum more eruere, facilius habemus. Omnia autem, quae a nobis prolata sunt, uno quasi obtutu contemplantibus probabilis interpretandi legem ratio videbitur. Neque *exactiorem* comparationem instituere lubet, quaenam inter Zenonis de ambitus jure legem differentia intercesserit, et inter antiquas ad hanc rem pertinentes leges, neque id scire admodum juvare putamus. Sufficit enim, id exploratum habere, similem saltem fuisse rationem.

Adfert Feuerbacchius fragmentum ex Caji [4]) institutionibus, quasi pro sententia, quam edidit, propugnans, quod tamen nunquam eum excitare debuisse existimo. Sunt haec Caji verba:

Praediorum urbanorum jura sunt: stillicidii, fenestrae [5]), *cloacae, altius erigendae domus vel non erigendae, et luminum, ut ita quis fabricet, ut vicinae domui lumen non tollat.*

Haec verba — inquit FEUERBACCHIUS — omnes servitutum disciplinas confundunt, pessumdant. Attribuit enim CAJUS *luminum* servituti id, quod, omnibus consentientibus, *ne luminibus officiatur* servituti tribuendum erat. —

Equidem nihil aliud video, quam varium inter Ictos et in vita loquendi usum et consuetudinem invaluisse. An enim inaudita et horrenda res est, servitutem, ne luminibus officiatur, luminum servitutem denominari? Quodsi FEUERBACCHIUS putet, omnes Ictos Romanos de omnibus prorsus rebus inter sese consensisse; longe aliud sane statuerit, quam quod res est. Quod ne fieri quidem potuisse, judico. Inspicito in fragmenta Ictorum, quantum rixantur et dissident inter sese. — — Aliud igitur PAULLUS, aliud CAJUS servitutis nomen adhibuit, notionem suam nomini quisque subjiciens.

Feuerbacchius autem, ne a se ipse dissideat, praecedente ALEANDRO [6]), quem recte SCHULTINGIUS vituperat, violenta ratione textum CAJI emendare studet, ita ut verba: jura *luminum*, *ut ita quis fabricet*, *ut vicinae domui lumen non tollat:* conjungantur per copulam *et*: — seu potius disjungantur, cum duas diversasque esse servitutes

velit, ita: *jura luminum, et ut ita quis fabricet* etc. — Habeat sibi emendationem!

Sed jam satis superque de his dictum est.

[1]) Cic. de legibus, I. 21. — Quid sit *usus auctoritas*, videbimus Cap. VII. §. 1.

[2]) Historia naturalis, XXXVI. c. 20. — Fuit antiquitatis opinio, ex oculis radios exire, qui, quasi rostra cochlearum, tangendo res conciperent. Ex hac opinione, quae ab Aristotele usque ad Keplerum valuit, Plinii verba explicantur: — „neque ulla planta *oculos excipiens* blandius.

[3]) L. 17. §. 3. l. 21. de serv. praed. urb. l. 40. eod.

[4]) L. II. Tit. I. §. 3.

[5]) Schultingius in Jurispr. Antejust. ad h. l. male suspicatur, verbum *fenestrae* ab interpolatore esse profectum. — Qua ratione? — Quia semper veteres hanc servitutem *luminum* nominarent, e. g. l. 40. de serv. pr. urb. — (quod quidem fragmentum in aeternum crux interpretum remanebit!) — — Sed haec ratio propria Schultingii est, veluti illa ratio — „*textum* Caii *esse corruptum, quia luminum servituti attributum id, quod, omnibus consentientibus, servituti, ne luminibus noceatur, tribuendum sit*," — propria Feuerbachii. — — — De fenestris intra ambitum vicino aedificio obstantibus vid. Martialis epigr. Lib. I. 70.

[6]) Vid. Schultingii Jurispr. Antej. loco cit.

§. 9.

De damno infecto [1]).

Locuti sumus de aquae pluviae arcendae actione, deinde de legibus publicis, quae modum et altitudinem aedificiorum constituunt et definiunt. Vidimus, quaenam ex his legibus quasi servitutes constituantur, si vicinus de eo, quod jus civile dominio attribuit, aliquid remiserit. Nunc reliquum est, videre, qua ratione vicinus, cui damnum ab altero propriis rebus abutente immineat, sibi prospicere possit.

Distinguamus autem necesse erit, an damnum veniat, dum alter aliquid fecit, cujus faciendi jus non erat; an, dum *non* fecit, cum *facere* debuisset. Si ex opere alterius incepto damnum exierit, ei, qui sensurus est, quod sentire damnum non debet, novi operis nunciatio competet, id est, remedium Praetoris, quo is, qui opus alteri nociturum contra jus perficere velit, quo minus perficiat, prohibeatur. Si autem opus factum jam fuerit, quod alterum perfecisse juri contrarium est, et equidem damnum inde senserim: utputa, si quis contra servitutem constitutam aut contra antiquam aedificiorum formam aedificaverit, et inde jus meum deminuerit: Interdictum: *Quod Vi aut Clam:* competet. Quodsi ex *omisso* alterius, quod debuit, facto, seu,

ut omnes complectar caussas, ex vitio operis, quod resarciendum fuit, damnum imminet, stipulatio et cautio de damno infecto inventa est.

Infectum autem id significat, quod nondum factum est, quod, quamvis non acciderit, tamen imminet; quod quidem verbum, quamque actionem Vetus Glossarium Graecum per: Ζημίας μελλούσης ἀγωγήν: vertit, id est: *instantis damni actionem.* Quisnam autem re sua abuti intelligatur, et quale damnum hac actione veniat, videamus. Damnum injuria datum esse debet, id est, contra jus et leges; quae quidem imperarunt, ut nemini liceret ita re propria abuti, ut ex abusu, sive faciendi, sive non faciendi, ruina alterius rei sequatur. Sic domino cuilibet virtute dominii licebit aedes suas labi sinere: ast, si aedes, quae damnose in alteras aedes imminent, non refecerit; contra jus faciet refectionem supersedens. Sic cuique, ubiubi placuerit, quam altissime in suo fodere licet puteum aperiunti, quo aperto licet alterius putei venae praecidantur: — nam hoc ex mero dominii jure fecerit, neque alterius rei ipsa evertetur substantia. Si tamen tam alte in suo foderit, ut paries alterius stare non possit, damnum injuria datum accipiendum erit [2]).

Ita quoque Marcellus scribit:

Cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem averteret, nihil agi posse, ne de dolo quidem actionem. Sed ita demum de dolo actionem non habere debere vicinum, si alter non nocendi animo, sed agrum suum meliorem faciendi caussa foderet. —

Quid igitur, si quis dominus nocendi animo id fecerit, utputa si constiterit, puteo aperto nihil omnino commodi ad ipsum venire, ad me autem maximum redundare incommodum? Tunc vicinum non *damni*, sed *doli* nomine teneri, ex illo Marcelli fragmento significatur; quod equidem utilitatis et aequitatis caussa probo [3]).

Quicquid igitur aut ex facto alterius, quod ab altero ita fieri non debuit, damni senserim, aut ex omisso alterius facto, quod omittendum et negligendum non erat, id est, ex vitio operis, quod resarciendum erat, jubente lege; — id damni injusti nomine venit; nec vero id damnum, quod extrinsecus acciderit, veluti, ventorum violentia, aut fluminis marisve vi, nisi fuerit opus alterius, utputa: aedificium, jam antea debilitatum, et sic corruerit, damnumque mihi paraverit.

Sed haec de damno jam dato locuti sumus. Longe autem utilius est, sartam sibi caussam ser-

vare. Invenit igitur, proposuitque Praetor Interdictum, quo is, qui damnum futurum ex vitio rei alterius timeret, stipulatione apud Praetorem cum vicino interposita, de damno sibi prospiceret. Quod quidem Interdictum quamquam ad omnes damni infecti ex cujuslibet operis vitio contingentis species referendum est, sive opus in publico, sive privato loco, vel urbano, aut rustico positum sit; tamen aptissimum putamus proposito nostro, id tantummodo eligere, quod de damno ex *aedium* vitiis instante proditum est. Ait enim Praetor [4]):

> *Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari jubebo ei, qui juraverit, non calumniae caussa id se postulare, eumve, cujus nomine aget, postulaturum fuisse in eam diem, quam caussa cognita statuero. Si controversia erit, dominus sit, nec ne, qui cavebit; sub exceptione satisdari jubebo. — — Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur, postulabitur, ire, et, cum justa caussa esse videbitur, etiam possidere jubeo. In eum, qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere, passus erit, judicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo,*

ejusve, cujus de ea re jurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset etc.

In hoc Praetoris Interdictum immensos Icti Romani commentarios scripsisse videntur, si ex fragmentis, quae ad nos pervenerunt, in totum colligere licet. Omnia igitur referre longum est, et a proposito alienum; nonnulla autem servitutem oneris ferendi explicaturi in medium proferemus.

¹) Sallustius in bello Jugurthino c. 76. — *Rex nihil jam infectum Metello credens:* — — id est: nihil esse, quin, quo inceperit momento, perficeret. — Simili ratione Horatius Tartarum *invisum* nominat. — — — Ceterum damni infecti Plinius hist. nat. XXXVI. c. 2. et Cicero in topic. c. 22. — mentionem faciunt. — — Vid. quoque celeberrimi Hugonis Civil. Mag. tom. 2. pag. 439., ubi in lege Cisalpinae Galliae damni infecti mentio fit.

²) L. 24. §. 3. usque ad fin. Dig. de damno inf.

³) L. 1. §. 12. de aquae pluv. arc. act.

⁴) L. 7. pr. de damno infecto.

§. 10.

De servitute oneris ferendi I.

Imposita oneris ferendi servitute, quam Hugo Donellus ¹) dilatandarum aedium gratia constitui dicit, — id nobis comparatum habemus, ut murus vicini onus seu partem aedificii nostri ferat

et sustineat, ita, ut proprium parietem habere, supervacaneum sit; aut id comparavimus nobis, ut muro vicini aliquid superstruamus et in eo altius sublatum habeamus [1b]).

Quae quidem servitus contra illud, quod saepe primarium diximus principium: — *ex servitutis jure vicinum ad faciendum aliquid nullo modo adigi posse*: — pugnam committere videtur, quoniam inter omnes fere Ictos Romanos convenit, eum, qui onus pateretur, ad *reficiendum* murum onera sustinentem teneri, ita ut paries oneri ferundo par esset.

Eamque Romanorum circa hanc servitutem fuisse positionem, nostri quoque Icti agnoscunt et fatentur, servitutem anomalam nominantes et singularem; exceptis paucis [2]), qui tunc demum ad reficiendum murum compelli posse vicinum, qui servitutem debeat, autument, si pactis seu stipulationibus id actum, id est, si in lege aedium ita scriptum fuerit. Sed hos, inani leges dissonas conciliandi studio, omnem legum auctoritatem pervertere existimo. Nam id ipsum pactum eamque aedium legem servitutis naturae et indoli repugnare, iis objici potest, et saepe objectum est [3]).

[1]a) Comment. de jure Civili Lib. XI. cap. V.

[1]b) L. 1. de servitute legata. VITRUVIUS I. c. 11.

[2]) HOEPFNER, Comment. Instit. §. 357. — GLUECK, ausführliche Erläuterung der ff. §. 661. pag. 24. — et alii nonnulli.

[3]) ZACCHARIADES in Civ. Mag. II. p. 337.

§. 11.

De servitute oneris ferendi II.

Ne inter eos, qui servitutem oneris ferendi proprio quasi Marte explicare et cum servitutum natura reconcinnare studuerunt, ZACCHARIADES silentio praetermittatur, ex novissimis de hac doctrina scriptoribus unus [1]). Vulgaribus interpretum erroribus egregie rejectis et explosis, ipse sententiam in medium profert maxime, ut mihi quidem videtur, explodendam; quam, ne ego ipse gravius reprehendam, vix ulli placituram acutissimus HUGO existimat. Hanc autem ejus opinionem habes verbotenus in Latinum sermonem translatam:

> *Servitutem oneris ferendi explicaturus — En!* — inquit gestiens ille — *ad magnum procedo opus!* —

Nunc sequuntur rejectiones alienarum opinionum. Pergit autem ille hunc in modum:

Haec mea sententia est! Servitus oneris ferendi efficit, ut alterius paries in partem mei aedificii immutetur. — (!) — *Ut igitur aedes meae stent, sartus alterius paries servandus erit. Ex eo autem, quod, servitute imposita, murum alterius quasi pro meo et pro parte mearum aedium habere debeo, consequitur, mihi quoque murum, si infirmus factus fuerit, reficere licere.* — (!!) — *Quodsi alter murum reficere debet, id non mihi ille debet, sed sibi ipsi, ut parietem, quamvis servientem, suum sibi habere et retinere liceat.* — (!!!) — *His positis,* LABEONIS *ratio manifesta tibi erit illa:* — „*non hominem, sed rem debere hanc servitutem.*" — *Intelligi nunc potest* ULPIANUS, *si* — *L. 8. §. 2. D. Si servitus vindicetur.* — *contendit: locum habere hanc actionem ad compellendum vicinum, reficere parietem meum.* — (!!!!) *Ast quid sit, quod idem Ictus simile quid in servitute tigni immittendi valere, prorsus neget, jamjam obscurum non esse,* ZACCHARIADES *argumentatur.* (!!!!!)

Licet forsan putes, refellere istam ZACCHARIADAE opinionem per se instabilem, sibique contrariam, parum juvare, tamen paucissimis refellere lubet.

Ad notam (!) Qui enim dicere potuit, servitutem oneris ferendi efficere, ut alterius paries pars aedificii mei fieret, ULPIANO contra nitente *loci corpus non esse dominii ipsius*, cui servitus deberetur, sed *jus eundi* eum habere [1]). — Sic neque paries vicini *meus* est, sed jus *habendi* onus meum in pariete alterius ad me pertinebit et ipsarum aedium mearum qualitas est.

Ad notam (!!) Immo ipse reficias, nullo prohibente! Dominus fundi servientis, qui servitutem viae patitur, si alter viam refecerit, neque dominium ejus partis fundi amittet, neque ipsam eundi agendi licentiam in suo. Ita neque dominium muri amittet, quamvis alter refecerit parietem. Et, si alter totum murum exstruxerit, tamen dominus remanebit; cum superficies ejus sit, cujus solum.

Ad notam (!!!) Quod autem doctissimus vir contendit, non *mihi*, cui servitus debeatur, sed *sibi ipsi*, ut muri dominium retineat, refectionem parietis dominum debere, id ex auctoris conceptu et mente nihil plane est. Est quidem aliquid [2]), sed longe alio sensu, quam quem ZACCHARIADES significat. Ex illius sententia contrarium contendere, satius erat, ita ut is, cui servitus debeatur, murum reficiat, ut *servitutem* retinere possit.

Ad notam (!!!!) Lectio: *meum* parietem: procul dubio falsa lectio est, uti in fragmento 6. D. de serv. pr. urb. — ad finem: *suum* legitur pro: — *meum*. — Est aut error a librariis profectus, aut negligentia auctorum ipsorum.

Ad notam (!!!!!) Quodsi doctissimus vir nunc demum apertum esse jactitat, cur in servitute tigni immittendi non idem obtinere ULPIANUS arguat; haud sane scio, quid respondeam, et, quo incipiam, quo desinam. Nihil, inquam, ex illa, quam ZACCHARIADES suppeditavit, opinione eruere licebit, quod cuique obiter ab illo citatam *legem* 8. §. 1 *et* 2. *D. Si serv. vind.* — inspicienti apparebit.

Haec hactenus de ZACCHARIADE. Respiramus! Odiosum erat negotium.

1) HUGONIS Civ. Nag. tom. II. pag. 337.

2) Quid verum sit de hac re, §pho sequente explanabimus.

§. 12.

De servitute oneris ferendi III.

Sed nuper, fluctibus adhuc traditus, cum multa de hac servitutis natura mecum volutaverim, in cogitationem incidi, quae demum, quasi ventus secundus navem meam ad veritatis litus adpulit. Reputabam enim, reipublicae temporibus omnis

rei familiaris censores censum instituisse. — Quodsi lustrum habentes jam eos notarunt, qui immodicos in villas sumtus impenderent, ita ut magis verrere, quam arare viderentur [1]); aut eos, qui agros squalere sinerent: Quidni, cogitabam, eos, qui male rem familiarem curantes aedes labi sinerent, et notare, et inter aerarios referre, et ad reficiendas aedes adigere reipublicae caussa debuerint? — Ad Aedilium quoque officium pertinebat urbis curatio, quod supra monstravimus [2]). — Publicam igitur legem et parantiquam et Censorum quidem suspicabar ejusmodi, ut ne incuria et negligentia civium urbs ruinis deformaretur, et ita, non ex servitutis jure, sed propter legem publicam vicinum ad reficiendum parietem adigi potuisse, conjiciebam. Post autem, quamquam interiisset Censorum auctoritas, legis ipsius auctoritatem non interiisse.

Hanc cogitationem in rectam investigandi viam me duxisse, profiteor. Nam porro de re dubitans in damni infecti stipulationem incidi, quam ita servituti oneris ferendi aptam statim videbam, ut mirarer, non omnes in hanc cogitationem incidisse. Igitur fragmenta, quae de oneris ferendi servitute agunt, cum similibus de damno infecto fragmentis comparare lubet.

PAULLUS in libro V. epitomarum Alfeni digestorum [3]).

Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes, quae servirent; non eum, qui imponere vellet. Nam cum in lege aedium ita scriptum esset: paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit: satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, — quod ne fieri quidem posset, — sed uti ejusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. Quemadmodum, si quis alicui cavisset, ut servitutem praeberet, quae onus suum sustineret; si ea res, quae servit, et tuum onus ferret, perisset, alia in locum ejus dari debeat. —

Quid igitur ex hoc PAULLI fragmento videmus? Illud sane nullo modo, quod HOEPFNERUS aliique viderunt, pacto opus esse, ut vicinus ad reficiendum murum adigeretur; — nam PAULLUS seu potius ALFENUS, cujus sententiam alter satis obscura et gravi verborum constructione exhibuit, in universum asseruit, eum debere restituere columnam, qui servitutem deberet; — sed illud demum videre licet, ipsum PAULLUM ambigere et

dubii animi esse, qua ratione, quove fundamento vicinus murum reficere teneatur. Versat sese, et subducere liti vult. Similiter modo ULPIANUS quoque et ii, quos loquentes facit, anxii videntur; quos nunc audiamus [4]).

Etiam de servitute, — inquit — *quae oneris ferendi caussa proposita erit, actio nobis competet, ut onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Et* GALLUS *putat, non posse ita servitutem imponi, ut quid facere aliquis cogeretur; sed, ne me facere prohiberet. — Nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit, non ad eum, cujus res servit. — Sed evaluit* SERVII *sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. — —* LABEO *autem, hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere, scribit.*

Haec autem actio in rem magis est, quam in personam, et non alii competit, quam domino aedium adversus dominum, sicuti ceterarum servitutum intentio.

Si aedes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, PAPINIANUS *tractat. Et ait:*

singulos dominos in solidum agere, sicuti de ceteris servitutibus, excepto usufructu. Sed non idem respondendum, inquit, si communes aedes essent, quae onera sustinerent. — — — Modus autem refectionis ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur; forte, ut reficiat lapide quadrato, vel lapide structili, vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est. — Parietem autem meliorem, quam in servitute impositum est, facere licet; deteriorem si facit, aut per hanc actionem, aut per novi operis nunciationem prohibetur.

Quid demum ex hoc fragmento videre licet? Id puto: Ictos Romanos hujus servitutis notionem, ut omnes ceteras, ex vita depromsisse, atque consuetudinem fuisse, id est, legem non scriptam, compelli posse vicinum inferiorem ad reficiendum parietem. Sed jus quod ex vita prodiit, nunquam fere caussa et ratione interna solet carere. — Cum vero Icti sit, sententiarum et rerum vel maxime reconditas perscrutari rationes; anxie illos in caussam hujus a ceterarum servitutum natura discrepantiae inquisivisse video, quam tamen invenire non potuisse illi videntur. Nam quod Labeo ait: *illam servitutem, id est, refectionem aedificii servientis non hominem debere, sed rem,* — effectus

quidem et res ipsa est, nec vero ratio tibi videbitur, *cur omnino res debeat refectionem.* Quid enim interest, persona, an res, id est, dominus rei, facere debeat? — Est denique argumenti abunde, Romanos aeque ac nostros id, quod prope et ante pedes situm est, praeterire potuisse.

Pergit autem ULPIANUS eodem tenore in libro XVII. ad edictum [5]):

Sicuti autem refectio parietis ad vicinum pertinet; ita fultura aedificiorum vicini, cui servitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere. Nam si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus. Et hic quoque, sicuti in ceteris servitutibus, actio contraria dabitur, hoc est, jus tibi non esse cogere.

Finem his quaestionibus PAULLUS imponit, — nam sic digerere fragmenta, rectius erat, — in libro XXI. ad Edictum [6]):

Harum actionum eventus hic est, ut victori, officio judicis aut res praestetur, aut cautio. Res ipsa haec est, et jubeat judex adversarium emendare vitium parietis et idoneum praestare. Cautio, ut eum jubeat de reficiendo pariete cavere, neque se, neque successores suos prohi-

bituros, altius tollere, sublatumque habere; et, si caverit, absolvetur. Si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem juraverit.

Quae nunc ordine sequuntur, comparationem cum servitute tigni immittendi continent, qua de re, quando absolverimus hanc de oneris ferendi servitute quaestionem, disserere opportunum erit.

Sed jamjam ad oneris ferendi servitutem reconcinnandam nosmet accingamus, *non ad magnum quidem, sed ad amoenum processuri molimen*; — nam perscrutari antiquitatis vestigia semper amoenum est.

Quod si cuilibet vicinarum aedium domino licuerit, adire Praetorem et stipulationem contrahere cum domino aedium vicinarum, quae ruinose imminent, ut caveatur, seu, si dominus alter non est, satisdetur de damno futuro; quid denique, obsecro te, impediet, quin vicinus ego, cui servitus oneris ferendi debetur, vicinum, qui debet servitutem, Praetoris jussu stipulari cogam, ut aut reficiat et indemnem me praestet, aut de damno infecto caveat, quanti eam rem esse aut Praetor statuerit, aut ipse in litem juravero; quid, inquam, impediet, quin servitutem hanc habens uno eodemque jure, quo ceteri, utatur? — An

domus, quae ruinosa in alteras aedes imminet, statim ruinam dabit, et quando dabit, et, si aedes contiguae non sint, an omnino dabit? — dubia res esse potest: si vero onus habeo in alterius aedibus positum, dubia res esse non potest, quia vel minimum alterius muri vitium etiam mearum aedium vitium et ruina sequetur. Ex ea denique caussa et argumento Romanos Ictos de servitutis oneris ferendi natura disputantes ad damni infecti stipulationem animum non intendisse putem. Refectio enim ipsa ex damni infecti caussa et capite debebatur; quo jure constituto, cum in oneris ferendi servitute res vitiosa festinante indigeret refectione; debebatur caveri, — si quid colligere licuerit, — non de damno futuro praestando, sed, ut statim vitium rei resarciretur, quo nihil omnino contingeret damni [7]). Ideo quoque usum fori et consuetudinem ad damni infecti stipulationis similitudinem, quasi sua sponte, servitutem oneris ferendi formasse et composuisse existimo, nulla damni infecti mentione adjecta; et ideo Icti Romani, alii jus ab ipsa vita profectum secuti, talem servitutem constitui posse affirmarunt, debilioribus tamen, quam quibus uti potuissent, rationibus utentes; alii, ad subtilem illam, quae in servitutibus valet, regulam tantummodo respicientes,

ejusmodi servitutem constitui posse negarunt. Nam, ut repetamus, quod modo diximus, cum vicinus, cui servitus oneris ferendi debetur, uno eodemque jure gaudeat cum omnibus vicinis, in hoc jure vicinitatis demum ratio posita est, cur haec servitus a ceterarum servitutum indole et natura discrepare videatur. Durissimum sane foret, si ille, cui servitus debetur, deteriore, qua ceteri, conditione versaretur; meliore autem eum conditione versari, aequius dixeris.

Jamjam ad finem litem productam esse puto, et quamvis apud me ne minimum dubitationis resideat, tamen ad stabiliendam magis et confirmandam, quam ad probandam nostram sententiam eas, quas Romani servitutis oneris ferendi lineas duxere, ad similia Digestorum fragmenta de damni infecti stipulatione aptare juvat. Qua comparatione instituta clare perspicies et compertum habebis, Romanos Ictos, licet a recta investigandi via aberraverint, tamen, insito quasi ejus, quod rectum est, sensu ductos, et semper ad vitam et consuetudinem respicientes, ab eo non aberrasse, quod res ipsa postulare videtur.

Labeo scribit in loco supra allato: — *licere domino aedificii servientis, si murum reficere non velit, aedes suas derelinquere.* —

Haec licentia domino, qui aliquid *non* fecit, quod facere ex lege debuit, semper concessa est; nec vero domino, qui fecit contra leges aliquid, quod injustum alteri damnum paravit [8]). — Illam igitur licentiam domino quoque, qui damni infecti cavere noluerit, competere, monstrabimus.

In utramque vicem video apud veteres agitatam quaestionem: an, si aedes alterius in meas aedes incidissent, quamvis de damno infecto non esset cautum, dominus tantummodo teneretur rudera derelinquere; — nam si tollere fragmenta maluerit, damnum resarcire debet; — verum etiam, an prorsus de damno et praeterito et futuro cavere deberet, ita ut aut damnum resarciret aut aedes totas pro derelicto haberet [9]). Obtinuit autem Caji et Juliani sententia, tunc demum id locum habere asserentium, si alter ob justum impedimentum, utputa: propter absentiam reipublicae caussa, — sibi damni infecti stipulatione non prospexisset [10]).

Verum enim vero is Interdicti de damno infecto finis erat, ut ei, qui damnum timuit, aut caveretur, aut ut dominus vitiosarum aedium rem suam derelinqueret, seu — uti loquuntur Icti, — re sua careret. Nam, si retinere aedes suas mavult, caveat; si non cavit, Praetor damnum

timentem primo decreto in aedes immittit, non ut statim possideat, sed ut detineat, domino simul in possessione remanente. Quodsi in contumacia perseveraverit, Praetor primo decreto in aedes immissum nunc secundo decreto possidere jubebit ut dominum seu potius ad usucapionem, et dominus, qui ante fuit, aedes suas dereliquisse intelligitur [11].

Sed nunc aliam similitudinis speciem in medium proferemus. — Papinianus autem in libro III. quaestionum, quem locum supra jam exscripsimus, tractat [12]:

> *an: si aedes plurium dominorum sint, in solidum agatur?* — Et ait: — *singulos dominos in solidum agere, sicuti de ceteris servitutibus, excepto usufructu.* — Sed non idem, inquit, respondendum, *si communes aedes essent, quae onera sustinerent.*

Quemadmodum autem servitus oneris ferendi ceterarum servitutum naturae contraria videtur, ita quoque hanc Papiniani regulam servitutum indoli repugnare dixeris. Quot enim rei communis sunt domini, quibus servitus debetur, omnibus in solidum ac tota debetur; Et, quotquot sunt, qui servitutem debeant, omnes in solidum ac totam debent.

Sane, si refectio aedium servientium et parietis *servituti* deberetur, longe rectius foret, illud Papiniani judicium hunc in modum vertere:

> *Et idem respondendum, in solidum scilicet singulos teneri, etsi communes aedes essent, quae onera sustinerent.*

Sed hic quoque miram similitudinem animadvertere licet, qua accedat aedium refectio, quae constituta hac servitute debetur, ad damni infecti stipulationem. Nam Paullus in libro LXXVIII. ad Edictum plane idem statuit de damni infecti stipulatione [13]):

> *Plures* — ait — *earundem aedium dominos singulos stipulari debere, sine adjectione partis, quia de suo quisque damno stipulatur; quin immo partem adjectam partis partem facere. — Contra, si plures domini sint vitiosarum aedium, pro sua quemque parte promittere debere, ne singuli in solidum obligentur.*

Quamvis Paullus obscuris rationibus utatur, tamen vi oppositi — „*ne singuli in solidum obligentur, ideoque si plures sint vitiosarum aedium domini, contrarium valere,*" — ea, quae ejus sententia sit, perspicue apparet, quae quidem aptissime congruit cum Papiniani judicio de eo, quod

in servitute oneris ferendi valeat, ita, ut ex unius fragmento alterius explicetur et illustretur.

Hunc autem in modum quaestionem Ictus instituere debuisset:

an, si ex pluribus aedium dominis unus damni infecti stipuletur, ceteris quoque stipulatio prosit? Respondi: prodesse, quoniam is, qui stipulatus sit, aedium nomine id fecisse videatur. Contra: si plures sint aedium, quae damnose immineant, domini, horum quemlibet promittere debere, ne singuli in solidum obligentur, id est, ne unius socii contumacia alter injuria efficiatur. — Non poenalem esse actionem, sed stricti juris negotium. —

Huic optime congruit, quod ULPIANUS in libro XXXXIII. ad Sabinum statuit [14]):

licet plures aedium domini, qui damni infecti sibi prospici velint, quibus tamen cautum non sit, diversas dominii portiones habeant, nihilominus aequalibus partibus omnes in possessionem esse mittendos; Contra: si plures domini vitiosarum aedium sint, unumquemque pro dominicis partibus conveniri debere.

Huic quoque bene convenit, quod ULPIANUS alio loco in medium profert [15]):

nisi in solidum fuerit cautum, id est, ab omnibus dominii sociis, alterum, cui damnum immineat, mitti in possessionem.

Quod autem vulgo traditur, *singulos dominos in solidum agere et sibi prospicere*, non ita id erit accipiendum, ut quilibet dominii socius *sibi* solidum stipuletur, ita ut totum ipse persequi et exigere possit, sed ita, ut unius stipulatio ceteris quoque prosit. Huc spectat ULPIANI illud [16]):

damnum, quod pluribus datum sit, non unicuique in solidum, sed in partem datum videri; ideoque unicuique in partem competere actionem JULIANUM *scripsisse.*

Quaenam autem huic regulae ratio subsit, jamjam a multis certatum est mortalibus. Sic CUJACIUS [17]) putat: *quia refectio aedium vitiosorum aestimari, atque aestimatio ipsa dividi possit, unumquemque dominorum conveniri debere.* — Mihi quidem haec ratio non satis placet. — ANTONIUS FABER [18]): *quia unus dominii socius, inscio et invito altero in re communi nihil moliri possit, ita, ut cuilibet magis prohibendi, quam faciundi jus sit,* id esse autumat, cur ab omnibus exigi promissio debeat. — Neque hoc tibi satis placebit, quia unus ille, qui convenitur, non sponte promittit, sed, adhibitis architectis, a judice coactus. —

Alii alias sequuntur rationes. — GLUECKIUS [19]) autem, aliorum allatis sententiis, ipse nullam sententiam neque habet, neque amplectitur, *rem singularem* esse statuens.

Verum enim vero non id dicunt Icti nostri: *si unus totum promiserit, inutilem esse stipulationem*; sed id tantummodo volunt, ut omnes promittant, ne, uno promittente, *ceteri liberentur.* Is unus enim injuria afficeretur; quippe stipulatio est, id est: stricti juris negotium. — Est autem Praetoria stipulatio? — Verum non ea Praetoris intentio erat, ut stipulationis naturam immutaret; sed ambiguae verborum conceptionis interpretatio ad eum pertinuit, et ita denique rem totam ex aequo et bono ordinavit, ut, interposita tali stipulatione, nemo unquam severius, quam par erat, adstringeretur [20]). Quaenam enim actio contra ceteros dominii socios strictissimo jure concedenda ei erit, qui solus promisit, solusque solidam refectionem praestitit? — An mandati, qui mandatum nullum habuit? Negotiorum utiliter gestorum, qui recusantis negotia gessit? An pro socio, cum in re communi, invitis ceteris, facere quicquam nemini liceat? An in factum, ubi factum ejus, qui convenitur, nullum cernitur? —

Sunt, autem Interdicti verba: *In eum, qui neque caverit, neque possidere passus fuerit, judicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si ea de re ex decreto meo cautum fuisset.* — Concedenda igitur forsitan utilis quaedam actio erit, sed multis implicita difficultatibus. Ast Praetor longe cautius ceteris prospexit, jubendo unumquemque conveniri, tunc demum quemlibet cogens ad promissionem. — Est igitur hoc tralatitium quasi eorum beneficium, qui debent, ex quo quidem nullum adcrescat incommodum ei, qui damni sibi prospicere velit, qui, nisi ab omnibus dominii sociis cautum fuerit, aut ab uno in totum, in possessionem mittendus erit.

Sed ad cetera pedem flectamus.

PAULLUS in libro XXI. ad Edictum [21]):

> *Actionis* — inquit — *de servitute oneris ferendi, ut murus reficiatur, eventus hic est, ut victori, officio judicis aut res praestetur, aut cautio.* —

Quin etiam is demum, stipulationis de damno infecto finis est, ut cautio praestetur aut res, ita ut mirum videatur, quin sola cautionis mentio a Icto facta omnes interpretes in rectam investigandi viam duxerit, agitaverit, torserit.

Cautio — PAULLUS ait — *haec est, ut judex eum jubeat de reficiendo pariete cavere, neque se, neque successores suos prohibituros, altius tollere, sublatumque habere. — Et quando caverit, absolvetur.*

Actio de damno infecto et stipulationis utilitas quamvis heredi et contra heredes per se competat, tamen stipulationi et heredum et successorum et eorum, ad quos res pertineat, adjici solere, ULPIANUS quoque affirmat [22]).

PAULLUS denique:

Si vero neque rem praestat, neque cautionem, judex eum tanti condemnet; quanti actor in litem juraverit.

Idem plane in damni infecti stipulatione statuit ULPIANUS in libro I. ad Edictum [23]):

In eum, qui quid eorum, quae supra scripta sunt, non curaverit, — id est, si refectionem neglexerit, ideoque alteri damnum contigerit, — *quanti ea res est, cujus **damni infecti cautum non erit**,* — id est, si majus damnum acciderit, quam cujus cautum sit, — *judicium datur. **Quod non ad quantitatem** refertur, sed ad id, quod **interest**, et ad utilitatem venit, non ad poenam.*

Quid nunc apertius esse potest? Quod autem ULPIANUS in litem juramenti mentionem non fecit, id dubitationem ne moveat. Nihil sane refert. Convenit enim plane naturae et intentioni jurisjurandi in litem, tunc dari, si alter ob *contumaciam* non restituerit aut praestiterit, quod restituere aut praestare eum oportuit [24]).

Ex his autem nostris explicationibus illud verissime dictum apparebit, quod ZACCHARIADES, longe aliud quid cogitans, in medium protulit: — „*dominum aedium servientium reficere debere, ut aedium dominium sibi retineat.*

Sin autem quaedam inter Ictorum sententias, quae et ad damni infecti stipulationem spectant et ad refectionem muris ex servitute oneris ferendi debitam, animadverteris dissidia, haec, ubi res ipsa loquitur, movere non possunt.

1) PLINII histor. natural. L. XVIII. c. 6.

2) Vid. infra Cap. II. §. 3.

3) L. 33. D. de servit. praed. urb.

4) L. 6. §. 2. D. Si servit. vindicetur.

5) L. 8. pr. eodem.

6) L. 7. D. eodem.

7) Quod etiam colligere licet ex illo PAULLI fragmento, quod modo citavimus.

8) Id enim ex l. 7. D. de aq. et aquae pl. arc. — perspicere licet.

9) L. 7. in fin. D. de damno infecto.

10) L. 8 et 9. eodem.

11) L. 15. §. 21. eodem.

12) L. 6. §. 4. Si servit. vind.

13) L. 27. D. de damno infecto.

14) L. 40. §. 2. 3. l. 15. §. 18. eodem.

15) L. 23. eodem.

16) L. 40. §. 2. eodem. — Alia enim stipulatio de damno est, — haec enim ad totam rem pertinet, — alia exactio damni est dati, quae in partem fit. l. 6. D. de aq. et aq. pl. arcendae act.

17) Cujacius in recitationibus ad ff. l. 6. §. 4. Si serv. vind.

18) Anton Faber. in rational. ad L. 6. §. 4. Si serv. vind.

19) Glücks ausführliche Erläuterung der ff. tom. 10. §. 661. ad fin.

20) Vid. tit. Dig. de stipulatione Praetoria.

21) L. 7. D. Si serv. vind.

22) L. 4. §. 10. L. 24. §. 1. de damno infecto.

23) L. 4. §. 7. l. 15. §. 36. eodem.

24) L. 1. et tot. tit. D. de in litem jurando.

§. 13.

Quid pactum in servitute oneris ferendi valeat?

Similitudine, qua refectio parietis ab eo, qui servitutem oneris ferendi debet, praestanda accedat ad damni infecti stipulationem et cautionem, ex ipsis Ictorum fragmentis detecta, — haud

absurdum existimo, quid pactum huic servituti superadditum, cujus mentionem Icti faciunt, sibi velit, displicere. Quod quidem, ut supra jam monuimus, non eam vim habet, ut alter aliquid facere teneatur, — ea enim obligatio a servitutis ratione plane secernenda erit, — sed *modum refectionis* continet, et id intendit, ut ita, id est, ad eum modum, qui in servitute dictus est, — paries reficiatur. Id Digestorum fragmenta, quae hac de re agunt, manifeste declarant. — ULPIANUS [1]) actionem — ait — ex servitute oneris ferendi competere, ut alter onera ferat ad *eum modum*, qui in servitute comprehensus sit, *forte, ut reficiat lapide quadrato, vel lapide structili, vel quovis alio opere, quod in servitute dictum sit.* — Meliorem quidem, quam in servitute impositum sit, ei facere licere [2]), deteriorem si faciat, aut per hanc actionem, aut per novi operis nunciationem prohiberi.

His quoque PAULLUS et ALFENUS consentiunt [3]). Nam si in lege aedium dictum est: *paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit:* — id non nisi ad *modum* refectionis pertinere potest.

1) L. 6. §. 2. 5. 7. D. Si servitus vind.

2) De reficiendo pariete communi vid. L. 35. 36. 37. 41. de damno infecto.

3) L. 33. D. De servit. praed. urb.

§. 14.

De servitute tigni immittendi.

At dicat forsan aliquis, quid sit, cur in servitute tigni immittendi non idem valeat, quod in servitute oneris ferendi valeat, necesse esse statuimus.

Postquam ULPIANUS servitutem oneris ferendi absolvit, pergit hunc in modum [1]):

> *Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem, ut in parietem ejus tigna immittere mihi liceat.* —
>
> *Distant autem hae actiones inter se, quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum, reficere parietem* [meum] — *haec vero locum habet ad id solum, ut tigna suscipiat, quod non est contra genera servitutum.*

Quamvis tibi persimiles videantur hae servitutum species, tamen ex ipso, quod ULPIANUS adhibuit, tigni immittendi exemplo diversam utriusque servitutis naturam perspicere licet. Servitutem illam describens, ut tigna immittere mihi liceat, ait:

> *Exempli gratia: porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulatoriae sustineant.* —

Igitur servitute oneris ferendi imposita, quoniam alterius paries *ipsas aedes meas* sustinct, quando debilior murus fieri incepit, *id semper* committatur necesse est, *quod damni infecti nomine venit.* — Nam, quamvis Icti ipsi de hac servitute disserentes illius stipulationis diserte nuspiam mentionem faciant, vitam ipsam tamen ad illud jus respexisse docuimus. — Sed tigni immissi servitute constituta, non ipsae aedes meae aedibus alterius sustinentur, sed venit et accedit incrementum quoddam aedium mearum [2]); quod si ex vitio parietis servientis diruitur opus, tamen ipsae aedes, quibus servitur, ut diruantur, necesse non est, ita, ut magis lucro quodam accedente privatus, quam damnum aedibus contingens sensisse videar: quapropter, servitute ita constituta, neque damni infecti stipulatio locum habebit vi ipsa servitutis. Fac enim, commissuram et coagmenta lapidum tigua mea sustinentium aliquantulum remisisse, tamen, — licet porticus ambulatoria, nisi in hac parte murus reficietur, ruinam datura sit, — ipsius parietis fundatio et structura ita firma esse potest, ut ipsis aedibus meis damnum timendum non sit. Si autem alterius paries, qui tigni immittendi servitutem debet, ita ruinose immineat, ut, caussa cognita, aedibus meis damnum timen-

dum sit, tunc recte damni infecti stipulationem locum habere dixeris, non propter tigni immissi caussam, sed propter damnum aedibus ipsis imminens. Nam in servitute oneris ferendi et aedium et servitutis *una eademque caussa est;* in servitute tigni immissi aedium caussa a *servitute separes necesse est.*

REITZIUS ad THEOPHILUM [3]) oneris ferendi et tigni immittendi unam eandemque esse ducit servitutem. Quo jure id ille fecerit, quilibet leviter Digestorum fragmenta intuitus statim judicabit.

[1]) L. 8. §. 1. etc. D. Si serv. vind.

[2]) Vid. quoque l. pen. D. de damno infecto.

[3]) THEOPHILI paraphr. Inst. Lib. II. Tit. III. §. 1. nota o. edit. REITZ.

§. 15.

De servitute stillicidiorum.

CAJUS in libro VII. ad edictum provinciale [1]):
Urbanorum — ait — *praediorum jura sunt: altius tollendi aut non extollendi, item, stillicidia* avertendi *in tectum vel aream vicini*, vel non avertendi.

Ex his Icti verbis nostri fere omnes longe alias species sibi fingere conati sunt, de servitutibus

stillicidii *recipiendi et non recipiendi* disserentes; quae nuncupationes quid sibi velint, neque ego scio, neque illi ipsi, nomina prodentes, scire videntur: verum enim vero, talem servitutum descriptionem Romanos neque prodidisse, neque prodere potuisse, hoc est, quod equidem probe cognitum perspectumque habeo. Recipere enim stillicidia dicitur is, qui pati debet, ut alter immittat, avertat [2]. Igitur servitus stillicidii *recipiendi*, utpote, quae conditionem ejus, qui servit, non ejus, cui servitus debetur, designat, absona plane erit a Romanorum consuetudine loquendi. Quid autem ex Ictorum nostrorum sententia servitus stillicidii *non recipiendi* sibi vult? —

Qua in re praeclarum et acerrimum antiquitatis investigatorum, ipsum HUGONEM [3]), Ictum CUJACIORUM nomine dignum errasse, valde miramur. Hunc in modum ille argumentatur:

> *Restitutam, quoque praedii libertatem Romanos quasi servitutem designasse, idque ex clarissimis* THEOPHILI [4]) *verbis in servitute stillicidii non recipiundi contingere, quae quidem antea impositam stillicidii recipiendi servitutem desideraret. — Qua re probe cognita et perspecta, aptissimum —*

inquit — *sese putare*, *servitutem altius tollendi similiter explicare per restauratam aedificii libertatem*, *servitute altius non extollendi sublata*.

Servitutem altius tollendi supra explicavimus omissa per negligentiam Hugonis sententia. Igitur hoc loco obiter monere juvat, magni Icti judicium a nostra explicatione prorsus abhorrere, quamvis utraque similitudinem quandam inter se habere videatur. Ille enim circumscriptionem dominii ex privata conventione statuit, id est, *servitutem antea impositam;* nos circumscriptionem et definitionem dominii a lege publica proficiscentem statuimus, ita, ut illa dominii circumscriptio non ad rem singularem, sed ad omnes istiusmodi generis res pertineat.

Sed celeberrimum virum servitutes has stillicidii *repiciendi et non recipiendi* appellantem, et, praeeuntibus aliis [5]), in adversam viam inductum ad Theophili auctoritatem confugisse, id equidem maxime mirandum esse puto. Nam Paraphrasta ipse, licet ejus sententia et explicatio stillicidiorum a servitutum natura plane absona mihi videatur, nihil tamen contra servitutum nomina, quae rite recepta sunt, proferre ausus est. Ubinam enim, quaeso, in jure nostro leguntur verba: — *stillicidii recipiendi et non reci-*

piendi servitus? — Longe aliud, hercle, est, quod Icti nostri dicunt: — *stillicidia immittere et recipere:* — id enim facti est; — et longe aliud, *servitutem stillicidii recipiendi et non recipiendi* nominare, et ex eo, quod facti est, *juris* notionem et nuncupationem depromere. Neque ipse Theophilus ejusmodi nomina adhibet; tunc enim dicere debuisset et uti verbis: — τῆς δουλείας, ἐκδέχεσθαί με τοὺς τοῦ γείτονος σταλαγμοὺς, ἢ μὴ ἐκδέχεσθαί· — sed exempla invenies posita, qualiter ex sua sensentia servitutes stillicidiorum sese habere possint. Haec habes ejus verba:

> Ἤτησά σε, ὥςθε μοι ἐξεῖναι τοὺς σταλαγμοὺς, ἤτοι τοὺς κρουνοὺς, τοὺς ἀπὸ τῶν ἐμῶν κεράμων, ἐκπέμπειν κατὰ τῶν σῶν δωμάτων, ἢ κατὰ τοῦ σοῦ μεσαύλου. Ἢ σὺ εἶχες τοιοῦτον δίκαιον κατὰ τῶν μῶν οἰκημάτων, καὶ ἤτησά σε, ὥςθε μὴ εκπέμπειν σε κατὰ τῶν ἐμῶν δωμάτων — — σταλαγμοὺς τοὺς ἀπὸ τῶν σῶν κεράμων. — — —

Haec verbotenus ex versione Reitzii ita sonant:

> Rogavi te, ut mihi liceret stillicidia aut flumina ex meis tegulis *immittere* [6]) in tecta tua vel in tuam aream. Vel tu *habebas* tale *jus* adversus aedes meas, et rogavi te, ut

ne *immitteres* in mea tecta stillicidia ex tuis tegulis.

Quamvis igitur HUGO eam, quam interpretatus est, altius tollendi servitutem, THEOPHILI saltem auctoritate, defendere possit; violatam tamen loquendi consuetudinem, de servitute *stillicidii recipiendi vel non recipiendi* locutus, nullo modo defendere potest.

Sed illa paraphrastae interpretatio, quae HUGONI admodum arridet, mihi quidem servitutum indoli repugnare et a jure Romano plane abhorrere videtur. Nam ut celeberrimus vir sibi constet, neque a se ipse dissideat, illam Theophili, quam sequitur, rationem in aliis quoque servitutibus valere concedat, necesse erit. Quid ergo? Si ego viam seu aquaeductum habens a servitute vicinum liberavero, an illum sibi servitutem quaesiisse putabis? Quale nomen tali servituti tribuendum? An forsan servitutem libertatis a servitute viae, seu, ut latini simus, servitutem, *ne ire agere mihi liceat*, nominabis?

Sed, ne calumnia adhibeatur, — id enim in animo non est, — faciendi servitutes praetermittamus. Quoniam autem HUGO ipse habendi servitutis exemplum, quod THEOPHILUS adfert, probavit, — nam illa stillicidii *recipiendi*, si ad

jus ejus, cui debetur, respicis, *servitus habendi* est, scilicet, *stillicidii immittendi*, seu, *stillicidii ita habendi, ut aqua immittatur in aream alienam*; — calumnia non erit, inquirere, illane regula aliis istiusmodi servitutibus aptari et componi queat. — En! habebis servitutem tigni *non immittendi*, oneris *non ferendi*, cloacae *non habendae!* Ad hunc finem finem producit illa HUGONIS sententia.

Idem observatur in servitutibus prohibendi, quarum etiam exemplum celeberrimus vir adhibuit; nam *altius non tollendi servitus prohibendi est.* Fac enim, te habere servitutem prohibendi, ne alter in suo puteum aperiat, — servandae scilicet tuae aquae caussa; — si remiseris alteri hanc servitutem, an inde servitus putei in proprio solo aperiundi nascetur?

Igitur, etsi PAPINIANUS illam paraphrastae sententiam tulisset, — rejicerem; — et quamquam HUGO, tantus vir tulit, THEOPHILUMque probavit, equidem tamen has probare non possum conjecturas.

Alii alias servitutis, de qua disserimus, subministrare descriptiones. Quemadmodum enim leges quasdam statum aedificiorum et altitudinem praescripsisse audivimus, ex quo, si remiserit vicinus de jure suo prohibendi, servitus alteri

altius extollendi comparetur; ita quoque multi statuerunt, *non avertendi* stillicidii servitutem existere, si vicinus flumen, quod alioquin lege seu consuetudine civitatis liceret, immittere in alienam aream prohiberetur [6]).

Quamquam melior haec conciliandi ratio mihi videtur, quam HUGONIS et THEOPHILI argumenta, cum revera haec servitus sit, tamen vix puto, ejusmodi legem seu consuetudinem fuisse apud Romanos. Ubinam enim legis vestigium latet? An talem dominii circumscriptionem praesumi, an quasi ex divinatione eam captari fas est? — His igitur praetermissis, ne ultra modum quaestio proteletur, mihi quidem eam, quam Glossa jam habet, servitutis *stillicidii non avertendi* interpretationem maxime placere profiteor. — *Potest*, — inquit ACCURSIUS, — *poni exemplum in cisterna, ut ex tuo tecto repleri debeat.* — Hanc explicationem CAEPOLLA, THOMASIUS et nonnulli alii sibi assumserunt [7]). — Incassum contra nituntur, qui servitutem esse non posse dicunt, quae magis oneri sit, quam prosit [8]); frustra, qui, quoniam serviens ad reficiendos canales teneatur, talem servitutem, utpote servitutum naturae contrariam, constitui non posse, arguunt [9]). — Quod qui dicunt, servientem, ut reficiat canales seu

stillicidia, esse compellendum, vehementer errant; nam ille ipse, cui servitus debetur, reficere debebit, et ideo nihil contra servitutum naturam actum erit. — Opinioni autem eorum, qui oneri magis, quam commodo esse talem servitutem putent, bene THOMASIUS obviam ivit. — — „STRAUCHIUS enim ait: — *Satis demonstratum* — (?) — *juri Romano conveniens haud esse, cum ex omnibus juris illius locis, ubi de servitute aquae pluviae agitur, adpareat, istam non quaeri, ut praedio dominanti prosit, sed, ne noceat.*" — — Confudit STRAUCHIUS omnes rerum conditiones. Optime igitur THOMASIUS: — „ *Mirum vero esset, si de servitutibus, quae de aqua dantur, id in jure dispositum esset, illam non quaeri posse ad utilitatem praedii dominantis, cum in reliquis servitutibus fere* — (?) — *omnibus utilitas praedii positiva intendatur.*" — Recte quidem. Quodsi Icti Romani statuunt: *aqua pluvia si noceat, locum habere aquae pluviae arcendae actionem, neque id intendi posse,* — scilicet aquae pluviae *arcendae* actione — *ut prosit* [10]); absurdum tamen est, putare, illam regulam excludere *servitutis* stipulationem, quando aquae pluviae usum mihi commodo esse ducam. — Quin immo, quod omnes fugit, in ipsis juris nostri fragmentis ejusmodi servitutis exemplum

invenimus; — est enim fragmentum PAULLI omnibus in ore, qui in perpetuam servitutum caussam inquirunt, qui vero ad servitutem stillicidii animum intendunt:

immemores lymphas Lethes haussisse videntur.

Haec enim sunt PAULLI verba supra jam exscripta [11]):

Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti caussa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat: — — — nam quod ex coelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen caussa fit et ideo perpetuo fieri existimatur.

Quid demum in hoc fragmento actum esse putas, nisi de servitute *stillicidii non avertendi* actum sit? Cui in fine fragmenti Ictus opponit *stillicidii immitendi* seu *avertendi* servitutem.

Jam satis de hac servitute disseruisse videremur, nisi forsan interrogaret aliquis, qua ratione aqua pluvia domino aedium prodesse posset. Unum quidem PAULLUS adhibuit exemplum — „*proluendi pavimenti caussa.*" — Sed aliud et aptius adferre lubet. Fuit antiquitatis temporibus medicorum opinio, corpori salubriorem, quam fluminum, esse cisternarum aquam imbribus con-

ceptam [12]). Magnam igitur ejusmodi servitutis utilitatem, ex opinione saltem antiquitatis fuisse, concedes. Haec hactenus de singulis servitutum speciebus; nam non omnia peragere, sed difficillimas eligere controversias, decrevimus. Igitur ad alia transire placet.

1) L. 2. D. de serv. praed. urb.

2) L. 1. §. 17. de aq. et aq. pl. arc. — l. 17. 20. §. 6. l. 21. 28. de serv. pr. urb. — l. 9. pr. Si serv. vind.

3) Hugo, Rechts-Geschichte. §. 191. nota 5. - ed. V. — Theophili paraphr. Inst. II. III. 1.

4) Vid. Caji Inst. L. II. T. III. §. 1. apud Schultingium, nota 29. — Huic quoque viro displicuit Theophili sententia, quoniam non esset nova servitus, sed res ad naturalem libertatem rediret. — Sed Schultingius quoque, propriam conjecturam conatus longe a vero aberravit.

5) Reitzius habet in versione verbum: *derivare*, sed: *immittere*, technicum est.

6) Hugo Donellus in Comm. de Jure Civ. Lib. XI. c. 5. Vinnius in Comm. in Inst. II. III. §. 1. n. 5.

7) Caepolla, tract. de serv. cap. 28. Thomasius, de serv. stillicidii. §. 39. sqq.

8) Strauchius, in diss. ad ff. VII. §. 13.

9) Vinnius, loco citato (Nota 6.)

10) L. 1. §. 21. a Strauchio citata.

11) L. 28. de serv. praed. urban.

12) Plinii historia natur. XXXI. Cap. 3., ubi variae medicorum opiniones leguntur.

Cap. IV.

Quemadmodum servitutes constituuntur.

Servitus adquiritur aut ex obligatione, aut alio modo. Obligationis notio latissime patet. Si enim judex mihi, ne ab omni propriae rei usu exclusus videar, servitutem in alieno concesserit; alterum quasi ex obligatione servitutem mihi debere et in suo pati contendo. Oriuntur autem obligationes potissimum aut ex ultimis voluntatibus, aut ex mutuo consensu. — Quidnam autem sibi vult illud, quod diximus: vel alio modo adquiri posse servitutem? — Est servituti originaria illa adquisitio cum dominio propria, occupatio scilicet; et, quando servitutem per usum et tempus adquisieris, parum sane abest, quin haec occupatio rei derelictae, seu juris derelicti esse videatur. Nam ut servitus, quemadmodum cetera in re jura, ex obligatione praecedente oriatur, necesse non est; quod quidem infra plenissime exponemus [1]). —

Habes igitur servitutis unas easdemque, atque dominii adquisitiones.

[1]) Cap. VII.

§. 1.

De servitute legata.

Primum igitur ad servitutes testamento relictas animum intendimus. Potest autem servitus aut legati nomine relinqui, aut per fideicommissum, ita ut retenta servitute ipsius rei dominium alii restituatur. His quaestionibus omissis, de legata servitute dicemus. Testatorem ultima voluntate eam, quam Romani stabilivere servitutum naturam immutare non posse, certissimi juris est. Quod si heredem damnat, ut in vicini utilitatem aliquid faciat, ipsum quidem heredem, simul atque adiit hereditatem, ad id obligat, quod fieri jussit, neque vero istam servitutis qualitatem fundo ipsi infigere potest.

Si autem nonnulla Digestorum fragmenta examinaveris, talem invenies Ictorum consuetudinem, ut, nisi manifeste servitus fundo legata sit, usus et fructus magis, quam servitus relicta videatur, ita ut ad personam magis, quam ad rem pertineat. Exempla hujusmodi legati nonnulla adferre juvat. — Si persona sanguinis vinculo juncta alteri rem,

quae alias in servitutis stipulationem venit, legasset: veluti: si pater filiae domum legasset et per domos hereditarias filio relictas, transeundi jus, — PAPINIANUS statuit, marito quidem filiae jus transeundi esse praestandum, sed idem jus in heredes non esse transmittendum, ne, quod a patre ex paterno affectu filiae datum esset, ad exteros ejus heredes id transiret: secus autem esse, si *constaret*, legatum servitutis plenum esse intelligendum [1]). — — Quocum etiam PAULLUS consentit. Si enim testator ita scripserit: — *In fontem, quem pater meus in Isthmo instruxit, do concedoque fratri meo digitum gratuito, sive in domum, quam in Isthmo tenet, sive quocunque tandem voluerit:* — nemo erit nostrum, qui hoc verae esse servitutis legatum neget. Aliter quidem Romanus statuit, cui usus aquae personalis legatus esse videbatur [2]).

Ex alio autem PAPINIANI [3]) exemplo haec in medium proferenda erit regula: Si ejusmodi rem, quam servitutis esse plerumque convenimus, aliquis ita legasset, ut magis persona, quam fundus demonstratus videatur, non servitutem, sed ejusdem rei usum legatum intelligi. — Id autem, ex illo PAPINIANI exemplo maxime in servitutibus faciendi, quae simul *jus sumendi ex alieno aliquid*

tribuunt, contingere videtur. Nam, si via personae legata sit, eamque fundo pernecessariam esse constet, eam non fundo, sed personae deberi, inconsiderate dixeris: Item in habendi servitutibus, utputa: si testator legasset, Titio jus esse superstruendi aliquid aedibus hereditariis, aut tigna immittendi in parietem aedium hereditariarum, inconsiderate dixeris, *personalem esse usum.* — Sed in prohibendi servitutibus illa Icti regula valere potest, utputa: si testator ita scripserit: Lego filiae meae domum istam et simul jus prohibendi, quominus *filius haeres meus* aedes haereditarias altius aedificet, luminibusque aedium sororis officiat.

Haec autem sunt PAPINIANI verba:

> *Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam adpellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis, quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus.*

Quidni praestabitur emtori? WESTPHALIUS [4]) quidem audacter contendit: — „*servitutem praedialem ad vitam exercentis concessam* — (?) — non esse ita personalem, quemadmodum usumfructum — (??) — in quo praedium dominans plane abesset; sed

esse *servitutem realem temporariam*, — (!!) — cui exceptio finito tempore obstaret.

Ille pessumdedit omnes servitutum disciplinas, pedibusque calcavit. Nam servitus *praedii* non est, quae ad vitam exercentis conceditur; et, quae ad vitam exercentis simpliciter concessa fuerit servitus, quin ad emtorem pertineat, quamdiu vixerit legatarius, quid impediet? Quodsi dixisset, ipsum ususfructus dominium in emtorem nullo modo transferri posse; quantacunque sit, haberet tamen aliquam rationis speciem, cum nunc nullam habeat. —

Sed PAPINIANUS non illam proposuit speciem, cum servitus *ad dies vitae* simpliciter esset legata, sed tantummodo dixit: illud jus, si persona magis, quam res demonstrata esset, in emtorem transferri non debere, ne id, quod ob singularem personae favorem datum esset, quasi in commercium veniret.

Quando autem legatum servitutis plenum esse intelligitur? Tunc demum, opinor, si a testatore heredum successorumque mentio fuerit adjecta, aut legatum ejusmodi, ut ex ipsis verbis mens testatoris constet, utputa: si *habendi servitutem* reliquerit.

[1]) L. 6. D. de servit. legata.
[2]) L. 37. de serv. pr. rust.
[3]) L. 4. ibidem.
[4]) De libertatibus et servitutibus praediorum. §. 523.

§. 2.

De variis legatorum formulis [1]).

Quatuor in jure vetere fuisse legandi modos tritissimum est. Legatum enim erat aut vindicationis, aut per sinendi modum, aut praeceptionis, aut damnationis, et e diversa hac legatorum conceptione aliud atque aliud legatarii jus pendebat. Legata vindicationis, praeceptionis et per sinendi modum multas habeat inter se notas communes: oppositum est legatum damnationis. — Quamvis autem noviore jure haec sublata sit diversitas, ita ut omnia, quibuscunque concepta sint verbis, legata unam eandemque recipiant naturam, satis multa tamen occurrunt Ictorum nostrorum fragmenta, quae, nisi hujus diversitatis probe habeas rationem, vix expedieris. Quapropter paucissimis hac de re disserere, haud absonum ducimus.

Vindicationis legato relicto rei dominium recta via in legatarium transibat; damnationis legato relicto per factum tantummodo heredis: ex illo actio in rem contra quemvis rei possessorem com-

petebat; ex hoc non nisi contra heredem actio personalis ex testamento nascebatur [2]): illi, cui vindicationis legatum erat relictum, ipsi, propria auctoritate, ut domino, possessionem rei legatae sibi assumere licebat; cui autem per damnationem heredis aliquid legatum erat, exspectare debebat factum heredis, id est, traditionem, ut cum possessione simul dominium reciperet; ille, adita hereditate, statim pro domino habebatur; alteri, ante rem traditam, obligatio tantummodo erat adquisita.

Quod autem modo diximus, eum, cui vindicationis legatum esset relictum, propria auctoritate rem legatam debuisse occupare: id explicatione aliqua indiget, cum contrariae in jure nostro auctoritates obvenire videantur. Fuisse antiquitatis tempore vindicationem possessionis propria manu ejusmodi legatario liberam, de eo dubitandum non est [3]). Exortis autem legibus, quae finem et certum legatorum modum patribusfamilias posuerunt [4]), et potissimum post legem Juliam et Papiam Poppaeam, vicesimae, caduci et ereptitii caussa, proprium in possessionem invadendi jus legatario negatum est; ex lege Julia propter commodum aerarii, ex lege Falcidia heredis ergo. Ea mihi etiam caussa videtur Interdicti: *Quod legatorum.*

Neque tamen, ademta licet legatario libera possessionis occupandae facultate, ademtum ei est, ut ilico post aditam hereditatem dominium rei ad vindicationem relictae adquirat; uti e contrario rei per damnationem heredis legatae dominium, nisi traditione, nancisci nemo poterat [5]). Inde denique sequitur, dominium servitutis per vindicationem relictae ipso jure in legatarium transferri, nec vero servitutem, quam legatario praestare, haeres *damnatus* est.

Sed ad diversam servitutum naturam respiciendum erit. Habendi et faciendi servitutes per damnationem relictae ipso jure in legatarium non transferuntur, sed facto tantummodo heredis, id est, traditione, datione, cessione. Aliud observandum est in prohibendi servitutibus. Dic enim mihi, quaeso, quonam legandi modo relinqui possint, nisi per damnationis formulam? veluti: *Damnas heres esto, ne altius aedificet* [6]). Nisi perplexa hac uti velis oratione: *Cajo do lego, ne heres altius aedificet.* In his autem servitutibus, quia non in facto ejus, cui debentur, consistunt, sed in omisso ejus, qui servitutem debet, facto, legatum *damnationis* eundem habuisse effectum, quam in habendi et faciendi servitutibus legatum *vindicationis*, cuique statim adparebit. — Huc accedit,

quod prohibendi servitus quasi in perpetua obligatione consistere videatur, quod infra docebimus [7]).

[1]) Vid. ULPIANI fragm. tit. XXIV. et notae SCHULTINGII. — MERILLII observ. Lib. VI. cap. 32. GALVANUS, de usufructu cap. XXXV. num. V. et cap. XL. num. XX. etc.

[2]) THEOPHILI paraphr. Inst. §. 2. de legatis.

[3]) Vid. CAII inst. lib. II. tit. V. §. 1. et notae SCHULTINGII.

[4]) Lex Furia testamentaria. fr. Vlp. princ. (SCHULT.) — Lex Voconia testamentaria. GELLIUS XX. c. 1. DIO CASSIUS LXV. 10. Haec lex haud diu vixit. CICERO in Verrem I. 42. — Lex Glicia. Vid. BACCHII hist. jurispr. Rom. L. II. §. 96. nota f. et ** — *Lex et quarta Falcidia.*

[5]) Quod PAPINIANUS dixit in lege 80. D. de legatis II. — *Si legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transit, nunquam factum heredis.* sc. transfert, facit, ut transeat; haec, inquam, Icti sententia ad legatum vindicationis tantummodo pertinere potest; quod jam ex voce *repudiari* concludere licet. Vid. SCHULTINGII nota 4. ad ULPIANI fragm. XXIV. §. 2, — — Quod autem statuimus, nisi facto heredis, dominium rei per damnationem legatae in legatarium non posse, id non ejusmodi est, ut, mortuo testatore, legatum in legatarii heredes transire non possit, sed ea intentio est, ut tantummodo obligatio legati, id est, actio perso-

nalis ex testamento in heredes transferatur; nec vero dominium ipso jure. Si igitur haeres rem dare, tradere damnatus malitiose aliquid disposuerit, ut-puta, si fundum legatum obligaverit, pignus quidem valet, quia dominus fuit, sed ipse haeres obnoxius manebit; item, si servitutem fundo imposuerit. L. 2. D. Si ususfr. petatur.

[6]) Id quoque in jure nostro dispositum invenies. L. 31. de serv. pr. urb. — et passim.

[7]) Cap. VII. §. 4. ad fin. sqq.

§. 3.

De servitute servo frustra legata.

PAPINIANUS in libro XVI. quaestionum ait [1]):

Etsi maxime testamenti factio ex persona dominorum est, ea tamen, quae servis relinquuntur, ita valent, si liberis relicta possent valere. Sic ad fundum domini via servo frustra legatur.

Optime hunc locum Glossa explicuit:

Duo esse necessaria, ut id, quod servo esset legatum, valeret, unum, ut dominus esset capax, alterum, ut ejusmodi rei legatum esset, ut, servo licet ante aditam hereditatem manumisso, nihilominus legatum valere posset [2]).

[1]) L. 5. D. de servitute legata.

[2]) L. 12. §. 2. de legatis. I. L. 82. §. 2. de leg. II. — In fragm. 17. D. de legatis III. legitur: *Servitus*

quoque servo praedium habenti *recte legatur.* — Dominus CUJACIUS in recitationibus ad Dig. l. 23. §. 1. de serv. pr. urb. — recte: *Quis vero hac de re dubitat?* inquit. Quapropter, cum nonnullis codicibus desit vox: *servo*, legendum existimat: *Servitus quoque praedium non habenti recte legatur.* scilicet: futura servitus, id est, per damnationem heredis, si forte contigerit, ut legatarius fundum vicinum habeat. Equidem hanc laudare non possum conjecturam. Nam licet per se intelligatur, *servo praedium peculiare habenti* servitutem legari posse, cur id enunciare Ictus non debet. Quod autem intercedat discrimen inter legatum et stipulationem servitutis, id optime explanavit CUJACIUS in recit. ad l. 19. de serv. pr. rust.

Cap. V.

Quibus modis servitutes ex consensu adquiruntur.

Constituuntur porro servitutes consensu, id est, aut stipulationibus, aut contractibus, veluti emtione, vel simili modo.

Quod autem vulgo in jure nostro traditur, pactum nullam gignere actionem, sed ope exceptionis tantummode valere, id graviter me movere ingenue confiteor. Quid enim obstabat, pactione in stipulationis formulam transmutata, impedimentum illud superare? Sed equidem tunc demum evitasse promittentem puto stipulationis formulam, si adhuc dubii fuit animi de eo praestando, quod in pactionem venerat; quemadmodum punctationibus utuntur ii, inter quos, cum contracturi sunt, non de omnibus prorsus contractus partibus convenit. — — Sed repetito iterum eo, quod vulgo traditur, dicto, nudum servitutis pactum nullam producere servitutis actionem, protinus has refugimus quaestiones.

§. 1.

De servitutum stipulatione.

Valent autem jure Romano, quaecunque conventiones stipulatione rite confirmatae sunt. Stipulatio autem habet certas quasdam indoles, certa desideria, certosque effectus. Indoles et desideria haec sunt, ut ore nuncupetur id, quod in obligationem deduci placuerit praesentibus, praesentibus, inquam, nisi rem geri per personas potestati subjectas maluerint. Effectus hic est, ut non aliud, quam id, quod ore nuncupatum est, adquiratur *ipsi stipulanti*, et, si res in litem deducta sit, ut in judicium veniat exactissimum strictissimumque. Quod autem per omne jus Romanum invenies dispositum, nullam adquiri posse obligationem per liberam personam alteri, id in stipulationibus ita verum est, ut ne per procuratorem quidem obligatio alteri adquiratur, exceptis utilitatis caussa quibusdam casibus [1]). Igitur si *mihi et Sejo decem dari* stipulatus fuero, Seji nomen vacuum erit, ut mihi debentur quinque. Ex hac inde stipulationis natura emanant nonnulla, quibus primum et obiter adspectis, retardaveris pedem. Si enim MODESTINUS scripsit in libro VI. differentiarum [2]):

Eum, qui fundum habens stipulatus esset viam et postea partem fundi alienasset, corrumpere

stipulationem, in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non posset;

statim, nisi ad *stipulationis* naturam animum intenderis, dubitatio apud te exorietur, an haec vera sit Icti decisio. Sed ille, qui *sibi et Sejo decem dari* stipulatus fuerit, *sibi quinque* stipulatus videbitur, quia decem illa divisionem recipiunt; Sejus nihil quaesitum habebit. At divisionem servitutes non recipiunt. Si igitur tu tibi et socio propter fundum communem servitutem stipulatus fueris, nihil actum intelligitur; nam socio nihil adquiri, manifestum est, neque tu ipse stipulator pro parte dominii servitute *fundi* uti poteris, quia *servitutis* utilitas fundi nomine per se ad socium quoque verget. Ut vero tibi soli ire agere liceat, ita stipulari nihil impedit; sed ea non servitus fundi erit, sed usus, qui personae inhaeret.

Cujacius in recitationibus illud Modestini fragmentum explicare conatus est, sed duo admisit summus vir vitia; unum, quod ad *stipulationis* naturam parum respexit, quasi ipsa servitus illud desideraret moderamen; alterum deinde, quod unam hac in re speciem praetermisit. — Quod ad primum attinet, haec monuisse satis habemus: *illud* Modestini *fragmentum non nisi ad id, quod juris sit in stipulationibus spectare*

posse. Nam si ab uno dominii socio servitus ad communem fundum emta fuerit, licet socius alter ipse nullam habeat actionem, tamen venditorem, si non patiatur servitutem imponi, ab emtore ob dolum ex emto teneri per se intelligitur. — Alterum in summa hoc est: CUJACIUS duas proposuit species, in quibus servitutis stipulatio perimeretur; primum quidem, si stipulator totum fundum alienaret, alteram, si fundi partem pro indiviso cum altero communicaret. — Sed tertia restat species. Quid enim statuendum esse putas, si ego servitutem stipulatus partem fundi pro *diviso* alienavero, id est, *certam fundi partem*? Quod ad partem alienatam, inutilem, quod ad retentam, utilem duco stipulationem, quoniam non dominii societas, sed alius atque fundus erit. In majore enim minus; in decem nummis, quos *mihi et Sejo* stipulatus sum, quinque insunt, quae mihi debentur. — Mon inutilem esse hac in caussa stipulationem, JAVOLENO quoque placuisse vides, qui, si mihi et vicino servitutem stipulatus essem, pro supervacuo vicini adjectionem esse habendam statuit [3]).

Certissimi igitur juris est, pro parte dominii, seu, ut dicunt, per partes, stipulatione interpositâ, neque adquiri, neque imponi, neque remitti servitutem posse; retineri autem pro parte

posse, longe aliud est. Si enim unus dominii socius exercuerit servitutem, alter non; tamen fundi nomine servitus retinebitur. Quod etiam ejusmodi est, ut, si fundum habeam proprium et alterum communem, tamen servitus aut huic illive praedio jam debita remaneat [4]). — In adquirenda hoc in casu servitute POMPONIUS et ULPIANUS [5]) aliter statuerunt; sed quanam ex ratione, dubitavi. An, quia pro parte servitus adquiri non potest? Quasi pro parte servitus adquisita sit, postquam omnes fundi servientis domini consensere! — Utrum, quia nemo sibi ipsi servitutem debere potest? Ast etiam, qui servitutem semel constitutam retinuit, cum fundum proprium et alterum communem habeat, hac ex parte quasi jure proprio servitutem exercere, ex altera demum parte propter servitutem antea constitutam retinere videtur. — Verum enim vero illud in proposita specie Ictorum principium: *servitutem, etsi cum jure proprio commisceatur, tamen retineri;* aut stricti juris est, aut benigne receptum. Quodsi stricti esset juris, falsa prorsus foret illa POMPONII et ULPIANI sententia; si vero benigne juri Romano receptum, nihil erit impedimenti, quin paribus in caussis paria jura statuamus. Quin etiam longe alio litem diremturum fuisse

judicio CELSUM filium puto. Is enim in libro XXVII. Digestorum scripsit [6]: *per fundum, qui plurium esset, jus mihi esse eundi agendi, posse separatim cedi. Ergo subtili ratione non aliter meum fieri jus, quam si omnes cessissent; et novissima demum cessione superiores omnes confirmari. Benignius tamen esse dicendum, et, antequam novissimus cessisset, eos, qui antea cessissent, vetare, uti me cesso jure, non posse.*

[1]) Vid. VINNIUS ad §. 4. J. de inutil. stipul. — num. 3.

[2]) L. 11. de servit. l. 98. 136. 140. de verb. oblig.

[3]) L. 5. Communia praed.

[4]) L. 27. de serv. praed. rust.

[5]) L. 6. §. 3. Communia praed.

[6]) L. 11. de servit. praed. rust.

§. 2.

De emtione venditione servitutis.

Saepissime autem fit, ut, qui duos habet fundos vicinos, unumque alienat, in alienationis lege suo fundo reservationem servitutis adjiciat; quae quidem, cum omne fundi jus in emtorem transferatur, uno, quod reservatum est, recepto, jam pro traditione servitutis habenda erit. Sed servitutis species exprimatur necesse est, ne, generaliter indicta servitute, aut nihil valeat, quia

incertum est, aut quamlibet servitutem aligere venditori relinquatur [1]). Haec PAULLI in libro V. ad Sabinum sententia est, ut mihi quidem videtur, satis obscura. MARCIANUM autem in libro III. Regularum [2]):

Si binarum aedium dominus — inquit — *dixisset, eas, quas venderet, servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis*, — scilicet: speciei servitutis, — *vel ex vendito agere, vel incertum condicere potest, ut servitus imponatur.*

Ne tamen emtor graviore, quam par est, servitute oneretur, arbitros esse addicendos puto, qui ex antiqua aedium forma et ex eis, quae aedibus, quas retinuit venditor, opus maxime esse existiment, arbitrium ferant.

Venditor autem, nisi in traditionis lege id disertis verbis expresserit, ut servum fundum tradat, sed vel propter juris ignorantiam ita forsan scripserit: *stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint:* non modo liberas aedes tradidisse intelligitur, verum etiam dominantes, quoniam, quoties servitutis, nulla mentione adjecta, cui debeatur et qui debeat, mentio fit, jus magis concessum, quam onus impositum praesumitur. Ita POM-

PONIUS [3]). Sed aequitas jubet, ut id, quod actum est, ponderemus; quod si non adpareat, tunc demum, ambigua venditionis lege, id, quod venditori nocet, accipiatur [4]).

Est alia quoque ratio, cur venditor, qui aedes ita tradidit: *stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint*: magis jus servitutis, quam servientes aedes tradidisse intelligatur. Nam servitus, quam aedes debent, inter vitia aedium numeranda erit. Lex XII. tabularum [5]) autem, et post has Aedilitium Edictum, jusserunt, ut vitia, quae nota essent venditori, nuncupari, id est, diserte et manifestis verbis nominari deberent. Si igitur venditor obscura et ambigua oratione in venditionis lege usus fuerit, ex emto tenebitur.

Quid autem, si in mancipationis lege ita dictum sit: *stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint: emtor* adquisitum habuerit? — An forsitan, ut, stillicidiis, quae sunt, mutatis et disjectis, ipse stillicidia nova in eas, quas venditor retinuit, aedes immittere debeat? Minime quidem! Sed id eum adquisivisse puto, ut prohibere debeat, ne venditor stillicidia mutet, id est, servitutem stillicidii non avertendi eum adquisivisse

puto. Recte id equidem suspicor; quamquam Ictus paullum aliter sensisse videtur. — Hanc autem omnem quaestionem Domitianam THOMASIUS appellavit.

Si fundus nulla servitutis, id est, juris mentione facta alienatur, tamen jura praediorum per se ad emtorem transire certum est, sicuti et instrumenta, per quae servitus exercetur, e. g. fistulas, quae aquam ducunt [6]). —

Sed miror, — quid miror? — obstupui, quanta in duritie et inflexibili torvitate versetur POMPONIUS [7]), qui venditorem, si sciens servitutem reticuerit, emtorque eam ignorans non utendo amiserit, teneri ex emto ob dolum maxime probet.

Quid autem? Numne per venditorem stat, nondum perfecta venditione, condonare vicino eam, quam ille debet, servitutem? Nulla, hercle, ei injuria datur, qui ex stipulatione et contractu non plus juris nanciscitur, quam stipulatus est. Tunc denique emtor aut doli, aut emti actionem, aut condictitiam actionem evictionis caussa experiatur, si venditor aut servire fundum in venditionis lege obticuerit, aut, quamvis servitutem fundus non habeat, tamen dominantem fundum tradiderit. Nam servitutes praediorum non prae-

sumuntur. Quod cum POMPONIUS in principio fragmenti ipse statuerit, — *quaedam tacite praestanda esse, veluti: ne fundus seu ejus ususfructus evinceretur: quaedam ita demum, si dicta essent, veluti: viam, iter, actum, aquaeductum praestatum iri; idem quoque in servitutibus praediorum urbanorum locum habere:* — eo magis miranda mihi videtur inepta et jejuna ejus sententia. Rectius sane ULPIANO placuit [8]): — „*Qui: uti optimae mximaeque essent, aedes traderet, non hoc dicere, servitutem illis deberi, sed illud solum, ipsas aedes liberas esse, hoc est, nulli servire.*"

Diximus supra: neminem alteri stipulari posse, ideoque, si mihi et socio servitutem ad fundum communem stipulatus essem, nihil actum videri. In emtionibus autem posse contrarium obtinere, quia, si pretio interposito servitutem ad communem fundum emerim, venditor servitutis, retento emtionis pretio, ob dolum teneretur, si non pateretur, servitutem imponi. Huic contraria videtur JAVOLENI sententia, qui ita scripsit [9]):

Solum commune vendendo, ut mihi et socio serviat, efficere non possum, quia per unum socium communi solo servitus adquiri non potest.

Sed primum hoc loco illud urgeo, quod Ictus dixit: *non posse adquiri communi solo servitutem, si ego*

alium fundum cum alio dominii socio communem vendidissem: — haec enim *impositio* esset servitutis *pro parte*. Nam sane non unus idemque utriusque fundi socius in JAVOLENI fragmento statuendus erit. Deinde Ictus hoc in casu magis ad stipulationis naturam, et ad id, quod stricti juris est, quam ad id, *quod agi potest*, respexisse videtur. Nam non socio meo, sed mihi demum licebit venditorem cogere, ut servitutem tradat totam, quod quidem socio quoque per consequentiam commodo est; — pariter, ac si stipulatus essem: mihi et socio servitutem ad communem fundum tradi, aut, si non traderetur, poenae nomine, centum dari mihi soli, aut mihi et socio, cum debitor essem socii.

Hoc autem jure utuntur Icti nostri, ut, cum ego vicino meo servitutem ex aliqua caussa deberem, nec vero tradidissem, haec obligatio in emtorem transeat, dummodo, aut in vendendo aut tradendo fundo, ejus rei mentio facta fuerit [10]). Haec enim exceptio: ut mihi *et vicino* aedes traditae serviant; — quod ad vicinum attinet, — per se nihil valebit, nisi ego ex aliqua caussa servitutem ei praestare obligatus fuero.

[1]) L. 7. Communia.
[2]) L. 35. De serv. pr. urb. — Vid. de incerti conditione infra. Cap. VII. §. 8.

3) L. 17. §. 3. ibidem. Thomasius, de serv. stillic. §. 47.
4) L. 33. De contrah. emt.
5) Ciceronis officia, lib. III. cap. 17.
6) L. 47. l. 49. De contr. emt.
7) L. 66. eodem.
8) L. 90. De verb. sign. l. 75. De eviction.
9) L. 5. Communia.
10) L. 6. §. 3. eodem.

§. 3.

De servitutis quasi traditione et possessione.

Instrumentum, quod jus meum servitutis ab altero mihi concessum continet, si quid recte intellexi, cautio servitutis appellari potest [1]; Instrumentum autem, quod patientiam servitutis amplectitur, lex, seu conditio aedium dicitur, si aedibus, atque lex agri, si praedio rustico imposita est [2].

Ex sola enim conventione non ipsa servitus oritur, quae jus in re, et contra quemlibet rei possessorem tribuit, sicuti ex sola emtione, nisi accedit aliquid, rei dominium non adsciscitur, sed persona tantummodo obligatur, ut praestet, quod praestandum esse inter contrahentes convenit. Facto igitur opus est, ut servitus ipsa, id est, jus

in re et actio in rem adquiratur. Et quid demum illud esse potest, nisi traditio?

Notissimi autem juris est, nudam traditionem, nisi justa praecesserit caussa, rerum dominium in alterum non transferre. Ita fit, ut respondeant illae sibi invicem notiones — obligationis — et traditionis, quia, una earum specie, qua opus est, deficiente, omnis nulla et irrita res redditur. Deficiente enim justa traditionis caussa, nihil traditio valet; deficiente traditione, quamvis ex justa caussa tibi debeatur, ipsum servitutis jus non adquires. Traditionem sequitur possessio, atque si a domino res ita tradita est, ut omne jus suum in alterum transferat, cum possessione dominium. Sed corpora tantummodo possideri et tradi posse Romani statuerunt; res incorporales, quae, ut in jure consistentes, revera nec traditionem, nec possessionem reciperent, quasi possideri, et quasi per traditionem adquiri dixerunt. Sed grave Icti nostri moverunt certamen, quaenam in servitutibus quasi possessio habeatur; quam ut dirimamus litem ad quaestionem, quid omnino possessio sit, necesse est, ut respondeamus; atque, hoc quidem loco, minus de possessionis jure loquemur, sed potissimum de ipsa possidendi ratione.

Possessio proprie non nisi in eo consistit, ut, quocunque momento volueris, rem habeas, detineas. Quod ultra est, possessionem egreditur. Nam quod possessioni, quae certas habet indoles, usucapiendi jus attributum est, atque quasi vindicatio concessa, id revera *ipsi* non inhaeret *possessioni*, sed *caussae*, qua possessio tua innititur. Illud usucapionis jus nec possideri, nec tradi potest. Quid enim? an ususfructus, an dominium ipsum tradi et possideri potest? Res quidem, reique possessio, nec vero perceptionis et proprietatis *jura*; quae, seponenda plane, magis per translationem et in jure cessionem adipiscimur, utpote quae tacite ejusmodi traditioni insunt. Id ipsum enim est, quod modo diximus, traditionem, justa abalienationis caussa non praecedente, nihil nisi nudam detentionem efficere. Res emta autem si tradita fuerit, venditor ex ea, quam debet, *obligatione* tenetur, ut, quicquid juris habeat, ad nos conferat, et, postquam ipse dominus suum dominii jus deposuit et pro sese recusavit, obligationem nos quasi contra omnes adepti videmur, ut omnes rem pro nostra nos habere sinant, cum unus, qui antea jus habuit, id ipsum ex obligatione nobis debeat.

Quanam igitur ex ratione servitutes, quae, ut res incorporales, nec tradi, nec possideri possunt, haberi ut quasi possideri intelliguntur? Ambigebatur jam apud veteres; ambigitur multo magis apud nostros [3]). — LABEO enim putabat, quia nulla ejusmodi juris vacua esset traditio, quotiens via aut aliud fundi jus emeretur, cavendum esse: *per te non fieri, quo minus jure eo uti possim:* et ideo cautionem esse, quae quasi possessionem juris mihi servaret. At contra JAVOLENUS contendit: *usum ejusmodi juris pro traditione possessionis habendum esse.* Recte quidem, ut mihi videtur. Nam si cautio illa esset, quae servitutem mihi servaret, omnem servitutis naturam ad obligationum naturam reduceremus; quod quidem fieri nullo modo posse, infra monstrabimus.

Quod autem modo diximus, possessionem corporis quidem jam traditionis vi recipi posse, nec vero jus illud in dominio contentum revera traditionem recipere, quod quidem magis per cessionem, licet tacitam, adsequeremur; id in servitutibus maxime valet. Audiamus igitur ULPIANUM [4]), qui *etiam res incorporales in jure cedi posse* scripsit. Ictum scripsisse vellem: *omnes res incorporales proprie non nisi in jure cessione adquiri posse, aut tacita aut solenni more facta.* Sic quoque in ser-

vitutibus. Nam technicum quasi verbum esse videtur: servitutem, seu rem, quae in servitutis stipulationem venit, *cedere*.

Sunt autem, qui inter se certent, Icti, *an usus et exercitium* servitutis idem valeat, ac in rebus corporalibus *possessio*. Qui quidem unam tantummodo servitutis speciem, *faciendi* scilicet ante oculos habent. Hoepfnerus [5]) arguens usu opus non esse, ut jura possideantur, sed sufficere, dum facultas adsit, ut dominus servitutis quocunque temporis momento servitute uti, eamque exercere, ut suam, queat, Eichmanno litem infert dicenti, id satis non posse haberi, sed usum et juris exercitium requiri, ut servitus possideri videatur. — Uterque, ut equidem existimo, et vero innititur et in errore versatur. Quemadmodum enim corporis possessio non in usu consistit, sed sufficit, ut quolibet momento facultas adsit detinendi, sic quoque in servitutum possessione id maxime requiritur, ut, quotiens volueris, te veluti possessionem ostendere possis. Sed quomodo id fieri potest, cum jus, utpote res incorporalis, nec veram traditionem, nec possessionem admittat, nisi usu et exercitio juris? Cui, quamvis non verae possessioni, tamen, ut majori, possessio inhaeret. Numne enim ipse Hoepfnerus tradi-

tionem servitutis, ejusdemque quasi possessionis capionem, — *de servitute faciendi omnis disquisitio est*, — nisi per usum et actum semel exercitum fieri non posse concedit? An vero quid apertius est, quam, quo capias, eodem te continuare modo possessionem? Huc accedit aliud quoddam. Qui rei dominium habet, ejus rei possessionem ita demum amittit, si alius *usurpavit*, id est, si alius *pro suo* possidere incepit. At vero in *faciendi* servitutibus possessionem ita comparatam habes et compositam, ut, quando nunc per unum temporis momentum uti jure tuo desieris, ille, qui servitutem patitur, in libertatis possessione esse, libertatemque servitutis usucapere videatur. Iterata igitur possessionis capione et servitutis exercitio opus est, ne *faciendi* servitus amittatur. Qua de re in ultimo hujus libri capite plenius dicendum erit. — Habendi servitutis usum proprius ad veram rerum possessionem accedere manifestum est, quamvis loci dominium non ejus sit, qui jus habet. Et quaenam traditio esse potest? Iterum in jure cessio aut tacita, aut solennis, et patientia, ita, ut alter alterum perficere sinat servitutem, imponendo. Ante enim, quam imposita fuerit, recipiet servitutis faciendi naturam. Ad id spectat Paullianum illud; — „servitutes, quae in super-

ficie consisterent, *retineri possessione*. Nam, si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuerim, hoc ut immissum habuerim, me possidere, per caussam tigni, *habendi consuetudinem* [6])." — Haec copiose supra exposuimus.

Quid autem in prohibendi servitutibus statuendum erit? In his vel maxime cessionem juris, quae tacite inest legi praedii et cautioni servitutis, pro traditione juris esse habendam, et in his denique illam, quam servitutis diximus cautionem esse pernecessariam, existimo. An enim aliud quoddam possessionis indicium esse potest? Nam, quod alter forte jure suo usus non fuerit, utputa, quod tam alte non aedificaverit, quam ex lege licuisset, id solum ei praejudicium facere non potest, nisi si constet, ex *servitute*, quam debeat, ei altius tollere non licere. Quod autem ad possidendi rationem et modum attinet, insigne habemus Ulpiani fragmentum:

> *in his servitutibus unum eundemque esse posse juris possessorem et petitorem.*

Fac enim, quempiam mihi debere servitutem altius non tollendi; illum autem moliri contra servitutem impositam facere. *Interdicto* uti licebit, quod *novi operis* caussa propositum est. Confestim

possessor effectus ero; verum omne probandi onus, me prohibendi jus habere, nihilo tamen minus mihi incumbet, ita, ut petitoris vices sustinere, deflectere non possim. Tunc demum alter possessor statim efficietur, si, me sciente vel non prohibente, aedes altius aedificaverit [7]). — At in servitutibus faciendi longe aliter res evenit. Nam ab eo inde momento, quo desieris exercere servitutem, utputa, ire, agere, ducere, adversarius possessor efficietur, id est, libertatem servitutis ita possidere videbitur, ut ejus usucapio procedat, nisi tu interdum pro temporis ratione jus tuum usurpando retinueris.

[1]) L. 22. 23. De serv. pr. urb.

[2]) L. 33. eodem. L. 1. §. 23. De aqua et aq. pluv. arc. L. 31. de pign. et hypoth.

[3]) L. ult. de servitutibus. Galvani tract. de usufructu, cap. XXXIII. num. 14. ad fin.

[4]) Fragmenta, tit. XIX. §. 11.

[5]) Comment. Instit. §. 282. nota 11., ibique citat. Eichmannus über Helfeld's ff. §. 182. Graviter notatur haec Hoepfneri sententia in ultimo capite, §. 5.

[6]) L. 20. princ. De serv. pr. urb.

[7]) L. 6. §. 1. Si serv. vind.

§. 4.

De rebus mancipi.

Haec ULPIANI sunt verba [1]): — „*Omnes res sunt aut mancipi, aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, tam urbana, qualis est domus. Item jura praediorum rusticorum: velut via, iter, actus, aquaeductus. Item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur: velut boes, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt. Elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.*

Hae autem res, si alienantur, dum ex jure Quiritium eas habere velles, aut mancipationem, aut solennem in jure cessionem desiderabant.

Sed mirum est, quantum doctores dissident inter sese, an hae tantummodo res, quas ULPIANUS nominat, inter mancipi res numerandae sint, an etiam similes; quaenam sint, ex quibus dijudicari queat, mancipi res sit, nec ne; quando denique invaluerit haec rerum divisio, et alia istis similia. Qua de re licet HUGO [2]) egregie disseruerit, nihilo minus aliam aperire viam operae pretium ducimus.

Res mancipi fuisse mihi videntur, *quarum commercio peregrinis, quibus commercium datum non*

erat, *interdictum fuit* [3]). Nam per nexum illum et solennem in jure cessionem quasi cautum fuisse videtur, ne res ejusmodi generis ad extraneum transirent. Nexum autem illum apud Romanos fuisse antiquam alienationis figuram *rerum* fere omnium, id putare, magnopere mihi arridet; quam quidem rationem postera aetas in certis duntaxat rebus retinuit. — Haec autem apud LIVIUM leguntur [4]):

> *legatis quibusdam Gallorum datum esse petentibus*, *ut denorum equorum commercium esset*, *educendique ex Italia potestas fieret;*

quid demum de ceteris, quas memorat ULPIANUS, rebus idem statuere impediet: *commercium earum nullum prorsus fuisse cum peregrinis*. Quin etiam Ictus ipse id enuntiavisse videtur [5]), cum contendit: mancipationem locum habere inter cives Romanos, Latinos, eosque peregrinos *quibus commercium datum esset*. Nam vox mancipatio bifariam habeat notionem necesse est; significat enim illam alienationis speciem, quinque testibus adhibitis et libripende et antestato; altera significatio est *commercii ipsarum rerum mancipi*.

Praediorum commercio interdictum fuit peregrinis, quo suum quasi jus tueretur sibi civitas; *animalium dorso collove domitorum*, ne squalerent

agri, et, ne deesset belli gerundi copia; servorum, quia servus etiam quasi Romanus esse poterat [6]). Quid autem esse putas, quod Ictus jura praediorum *rusticorum* tantummodo nominaverit, cum eadem urbanorum quoque praediorum servitutum ratio esse videatur? Manifesta haec res est. Nam quoniam urbanum praedium peregrinus nemo in Italico solo habuit, idcirco ne fieri quidem potuit, ut servitus praedii urbani ei contingeret; at vero in rusticis alia res est; peregrinus enim praedium rusticum habere potuit in barbaro solo vicinum praedio Italici soli. An vero hoc ad quatuor illas tantummodo, quas Ictus nominavit, servitutes, *Viam*, *Iter*, *Actum*, *Aquaeductum* pertineat, an etiam ad ceteras, de eo disputare mihi non lubet. — Illud autem notandum erit, praediorum urbanorum et rusticorum servitutum notionem hac juris in specie strictissime esse interpretandam ex vulgari hujus rei divisione.

Sed, quod ad publicam civitatis utilitatem, parum abest, quin haec rerum divisio inutilis videatur, communicata cum orbe Romano a Caracalla civitate. Cur nihilo tamen minus Ulpianus illam rerum divisionem tuetur? Id est, quod saepe diximus recentiorem aetatem a majoribus tradita plerumque servare, cessante

licet consuetudinis ratione. Ita factum est, ut tempora ULPIANI et sequens etiam aevum in ejusmodi rebus alienandis mancipationem necessariam esse statuerint dominium ex jure Quiritum adquisituris. De ratione autem illius dominii ex jure Quiritum cum stabilita esset Publiciana in rem actio, supra copiosissime contra SAVINNIUM disputavimus [7]).

[1]) ULPIANI fragm. tit. XIX. §. 1.

[2]) Rechts-Geschichte, §. 193. 194. 195. et auctores cit. — BYNCKERSHOECK, *de rebus mancipi et nec mancipi* — ultra, quam meruit, a multis laudatus est.

[3]) Negative Contrebande.

[4]) Lib. XXXXIII. c. 7. ad fin.

[5]) Fragm. tit. XIX. §. 4. 5.

[6]) Fragm. Ulp. I. §. 16.

[7]) Cap. I. §. 3.

Cap. VI.

Quid juris sit, conditione servituti adjecta.

Quoniam, ut supra diximus, servitus fundi jus est in fundo alieno, sequitur, aeternum esse jus et perpetuam fundi qualitatem, quia fundus ipse perpetuus et aeternus est. Cui consentaneum est, servitutem neque conditionis, neque temporis adjectionem sufferre. Quam licet alter ex obligatione tibi praestare debeat, quamdiu tradita non est, quoquo modo traditio procedat, ipsum servitutis jus praedio tuo non adquisivisti, sed in obligationem tantummodo ea res deducta est, ut servitutis nomine praestetur. Quodsi conditio servitutis contractui adjecta fuerit, id est, si ab incerto rerum eventu ipse pendeat contractus [1]), longissime hanc stipulationem distare a servitute constituta, cum ne ex stipulatione quidem servitutem habeas adquisitam, certissimum est. Aliud enim est constituere, aliud promittere servitutem [2]). Duplex autem inde, adjecta stipulationi conditione obli-

gatio descendit, ut is, quocum stipulatus sum, aut defectionem aut expletionem conditionis exspectet, — dein, ut, remotis et expeditis, quae obstabant, praestet et concedat, quod praestiturum se promisit. Nam si exstiterit conditio, idem erit, atque si pure et sine omni conditione contraxisses.

[1]) Est conditio, quam perperam nostri dicunt suspensivam. Unam autem eandemque esse ipsarum conditionum naturam, postea demonstrabimus.

[2]) Hugo Donellus Comm. de jure Civili, L. XI. c. 10.

§. 1.

Fragmentum quoddam Papiniani.

Servitus autem, jubente Papiniano, *constitui non potest neque ex tempore*, id est, ut praeterlapso aliquo temporis spatio incipiat, *neque ad tempus*, quoniam servitutis jus perpetuum est, *neque sub conditione*, id est, ut ab incerto rerum eventu pendeat ipse servitutis contractus, *neque ad certam conditionem*, ita, ut ab incerto rerum eventu pendeat, servitus jam tibi concessa perduret, nec ne. — En, habes conditionem, quam dicunt resolutivam [1]).

In hoc autem Icti fragmentum multi anxie inquisivere, satis infeliciter quidem, excepto, quantum scio, HUGONE DONELLO, quamquam multum abest, ut rem totam absolvisse mihi videatur. Igitur omnibus et commentatoribus et legum interpretibus remotis, proprio quasi Marte omnem decidere quaestionem et ad finem producere tentabimus.

Et illud quidem ingressu quaestionis monere juvabit, quod nemo interpretum monuit, duplicem esse servitutis apud Ictos Romanos significationem, *unam juris, alteram rei ipsius, quae in servitutis stipulationem venit.* Sic via mox pro servitute viae, mox pro simplici via ponitur, quae, quamvis non servitutis nomine, sed ex alio longe titulo debeatur, nihilominus *servitus*, et nonnunquam *praedii servitus* dicitur. Quam ad rem cum postea redeamus, exempla nunc adferre pro supervacuo habemus.

[1]) Dixeris forsitan: *ad certam conditionem*: posse significare, ad conditionem, quae dubia non sit, veluti: *do, concedo tibi servitutem viae, quo usque vixeris.* — Verum haec explicatio ad id rediret, quod Ictus jam ante monuit: *neque ad tempus servitutem posse constitui.*

§. 2.

De Julii Paulli *ingenio et moribus.*

Operae pretium est, fragmentum quoddam Paulli diligentius examinare, si prius de illius indole et ingenio paucissima disseruimus. Atque ut unis quasi lineis ante oculos tibi ponam totum, et repraesentem, gravissimus ille fuit alienorum in jure vitiorum non modo vituperator, verum acerrimus inquisitor et scrutator. Nonnulla ex epitomatis Labeonis Πιθανῶν fragmenta ejus in corpore juris legimus, quae, — cum ne usquam cum Labeone consentiat, semper vehementer in eum invectus, — magis vitiorum, quam ipsius libri argumenta excerpta videntur [1]. Qua in dicteriorum acerbitate et reprehendendi lubidine nostrorum Ictorum permultos, quamvis rerum et sententiarum gravitate et pondere longe superentur, ne tantillum quidem Romano cedere animadverti, vitiorum irrisores, virtutumque contemtores. Eo enim invidiae et mordacitatis progressi sunt, ut justi esse non possint, quin etiam, ut summo afficiantur moerore, si id, quod laudabile, ab aliis justam suam consequatur laudem: sin vero quid habent, quod inquinent atque mordeant, — nihil iis gratius atque acceptius. Ad judicium in quacunque re faciles et paratissimos, neque unquam

mediocriter aliquid ferentes aptissime cum Pane comparaveris ex illo Theocritei caprarii versu:

Καὶ οἱ ἀεὶ δριμεῖα χολὰ ποτὶ ῥινὶ κάθηται,

id est: — Atque illi semper gravis ira in naribus haeret.

Paullum in sententiis quidem et omni ancipite quaestione gravem et acutum, tamen rerum novarum cupiditate et nimia subtilitatis indulgentia haud raro in avia traduci, nemo unquam negabit. Nam id, quod ante pedes et in promptu est, plerumque parum curat, remotiora quaerens. Cujus rei insigne habes exemplum in illo, quod interpretaturi sumus, fragmento.

[1]) Vid. e. g. L. 65. De adq. rer. dom. — l. 23. de acceptil. — l. 51. de bonis libert. — l. 5. de instr. et instr. leg. — l. 91. de furtis. — l. 28. 29. 30. de captivis. — l. 144. de verb. sign. — l. 4. §. 7. l. 49. de usurp. — l. 21. Si serv. vind. — l. 78. 79. de rei vind. — et alia.

§. 3.

De Paulli *quodam fragmento.*

Paullus in libro III. ad Sabinum [1]):

neque usufructus, neque usus itineris, viae, actus, aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest. Neque erit utile — sc.

legatum — *ex Scto* [2]), *quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sint, ususfructus legari possit, quia id neque ex* [3]) *bonis, neque extra bona sit. Sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem praestet, aut, ut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius, vel capite deminutus ex magna caussa fuerit, restituatur.*

Ut videamus, quas inversatiles et sibi adversas Ictus adhibuerit rationes, ad singula respondeamus, necesse erit. Primum igitur examen instituere volumus, quid sit, cur res, quae servituti plerumque subjectae sint, neque in bonis, neque extra bona esse voluerit. Quodsi, mi PAULLE, eludendi animus tibi, nobis quidem ridiculo ridiculum eludere non placebit, sed seria fronte monstrabimus, te ridiculo prorsus usum fuisse argumento. Quicquid enim in bonis non est, id extra bona sit, necesse est; quicquid extra bona non est, id in bonis esse apparet. Atque idem erit, utrum statuamus, Ictum loquutum fuisse de servitute jam constituta, an de re, quae in servitutis stipulationem venire solet. Nam servitutem in bonis esse ejus, cui debeatur, quis dubitet [4]). Quod autem servitus jam constituta servitutis esse non

potest, ejus alia ratio est ex servitutum natura desumenda. — Quodsi quis rem, quae servitutis esse solet, utputa eundi, ducendi, pascendi licentiam, in bonis domini esse negaverit; idem statuat necesse erit, licentiam propriae rei utendae fruendae in bonis domini non esse, ideoque nec posse usum seu usumfructum constitui.

Ab Noodtio [5]) quidem Paullus defenditur. Quemadmodum enim Tacitus hoc uteretur dicto: *neque tumultum fuisse in urbe, neque quietem;* — Livius: *jamque in Latio talem fuisse statum, ut neque bellum, neque pacem pati possent Latini;* — nonnulla his similia affert ille: — sic quoque Ictum servitutes quasi in medio ponere inter eas res, quae in bonis, quae extra bona essent. — — Quae quidem exempla cum nihil probent, neque, cum ab auctoribus rhetorice magis dicta videantur, ad rem nostram pertineant; Noodtium ostentandae eruditionis magis, quam rem probandi et illustrandi gratia attulisse illa existimem. — Icti autem est, rerum significationum examussim vel quam certissimas ducere lineas.

[1]) L. 1. de usu et usufr. leg.

[2]) Tit. D. De usufr. earum rerum, quae etc.

[3]) Dictio: *ex bonis alicujus esse:* plerumque denotat idem, ac: *ex re alicujus esse, seu id, quod interest.* Vid. L. 2. §. 22. D. De vi bonor. rapt. —

§. 2. J. eod. — In illo autem Paulli fragmento haec dictio nihil aliud significare potest, quam: *in bonis esse.*

4) L. 52. D. de adq. rerum dom.

5) Probabilium Lib II. 3. — Galvani de usufr. Cap. III. num. 5. 6.

§. 4.

Paullum *non de usufructu servitutis, sed de rebus servitutum ipsis cogitasse, demonstratur.*

Atque si concedamus, servitutes in bonis personae proprie non esse, sed magis fundi qualitatem videri, et, ut ita dicam, in fundi bonis esse, — quid tandem nos tibi concessisse autumas? Nihil, hercle, opinor. Nam id si Paullus dicere voluisset: *neque usum, neque usumfructum servitutis jam constitutae legari posse:* — *longe aliis rationibus uti debuisset.* Quodsi propositum fuisset, quoniam legatario *nihilominus* incerti actionem ex ejusmodi legato concessit; timendum foret, tale quid commisisse Ictum, ut non modo ab omnibus aliis, et ab omni servitutum disciplina, verum a se ipse dissideret. Nam si servitutem habenti aquaeductus ne haustum quidem aquae vicino concedere licet, qui tandem servitutem seu usumfructum servitutis jam constitutae indulgeamus? Paullus autem strictissimi juris interpres fuit. Ipse stabi-

Ad objeceris forsitan, ex illa quoque, quam dedimus, explicatione totum fragmentum sensu carere, cum Ictus viam, actum, aquagium pro servitutibus accipiat. Jam antea monuimus, talem fuisse apud Romanos loquendi consuetudinem. Si enim alio loco ab eodem PAULLO dubitatur, et, dubitatione seposita, arguitur, viam, iter, actum, aquaeductum, — *quae quidem juribus praediorum urbanorum opponuntur*, — pignori dari posse; an forsan putas, servitutes viae, actus, aquaeductus esse, quae pignori dari posse arguantur [2])? — Minime! Res ipsae sunt, quae in pignoris obligationem venire; res ipsae sunt, quae ibidem servitutes dicuntur.... Quodsi PAULLUS de harum rerum pignore dubitavit, quidni concedamus dubitare et inquirere, an eaedem res, ususfructus nomine, legari possint.

[1]) De servit. et libert. praed. — Omnes, quantum memini, vulgarem sequuntur interpretationem, praeter GALVANUM de usufr. Cap. III. num. 5., cujus tamen repetere explicationem satis jejunam, vix operae pretium est.

[2]) L. 11. ad fin. l. 12. D. de pign. et hypoth.

§. 5.

Collectio dictorum.

Ex his igitur, quae contra PAULLUM diximus, haec summa est:

Recte Ictum ex legato viae usu concessisse actionem, sed rectius fuisse, hunc in modum scribere:

An usus et ususfructus viae, itineris, actus, aquaeductus recte legari possit? quaestio est. Movet quosdam, quod servitus servitutis constitui non debeat. — Respondi: sejungendam esse diversam rerum speciem, aliud enim esse: servitutem; aliud: usum viae constituere. Nam, quaecunque res servitutis esse possent, earum etiam posse constitui et relinqui usum et usumfructum. Igitur legatario ex ejusmodi legato actionem non esse denegandam.

§. 6.

De incerti notione.

Jam satis superque de his dictum esset, nisi hic desinentes fugere videremur quaestionem, *quid sit, cur Ictus, usufructu seu usu viae, itineris, actus, aquaeductus legato, legatario incerti actionem concedat?*

Nisi manifeste apparet, quid, quale, quantum debeatur, incerti obligatio est. Incertum igitur est, si, electione debitori relicta, haec res, aut illa mihi debetur. Nam optio si mihi competit, non incertam rem, sed maxime certam mihi deberi, manifestum est [1]). Omnis quoque incerta res est, quae aut aestimatione indiget, aut aestimari prorsus non potest, veluti, ususfructus [2]), quoniam, quamdiu fructus ad alterum pertinuerint, sciri non potest. Incerta etiam obligatio erit sub conditione [2b]) contracta.

Sed notio incerti ex mente juris Romani latius patet. Nam obligatio, quae ex stipulatione cum faciendi, tum non faciendi descendit, et ex qua persona ad aliquid praestandum sese obligavit, per se pro incerta habetur [3]); nam si promissor, qui intra certum tempus facere aliquid promisit, tempore praeterlapso, *non fecerit*; aut si is, qui: *per se non fieri;* promisit, *fecerit*; in id, quanti *interest*, agendum erit; quae quidem actio vi ipsa pro incerta habetur, quoniam judicis moderamen exigit. Igitur, si quis sese obligavit, vacuam possessionem se traditurum, si vacuam possessionem non tradiderit, incerti contra eum agendum est aut agi potest [4]). Incertum etiam quilibet petit, qui propter alterius moram, seu ob aliam qualemcunque caussam

s) L. 68. de verb. obl. L. 27. §. 7. De recept., qui arb. L. ult. D. Si quis in jus vocatus. L. 4. pr. De usuris. L. 12. Ad leg. Aquiliam. L. 12. §. 3. De condict. furtiva.

§. 7.

De condictionum natura.

Tristis et ignavae plenissima stultitiae sunt, quaecunque a nostris traduntur Ictis de actionibus bonae fidei et stricti juris. Quaenam in ipsis Romanorum judiciis olim fuerit earum differentia, quod ad processus ordinem et modum attinet; de eo, hoc quidem loco, nihil promere lubet, tum, quia minus ex re nostra esse videtur, deinde, quia de hac quaestione singularem olim scribere librum, in proposito est. Quod autem ex re esse videbitur, paucis absolvemus.

Stricti juris negotium est, ex quo *condictio* competit, et ea *condictionis* natura est, ut in *stricti juris judicium* veniat. Quid autem condictio est? Hic aqua haeret!

Plerique, seu potius omnes, verbis tantummodo paullulum mutatatis, sic definiunt:

> *actionem ex certo et determinato negotio competentem, sed formula agendi destitutam, condictionem in specie esse dictam a Romanis,*

Quo nihil vecordius esse potest! An enim condictio certi ex mutuo caret formula et civili nomine? An furti condictio certi et incerti? Si autem, quanti mea interest, condictione persequar, an ea actio ex negotio certo determinatoque descendit?

Ridendum sane est, si MEISTERUS [1]), antecessor Viadrinus, magna cum adulatione hunc in modum HUGONIS laudem cantare animadvertitur: — *Primus omnium, ni fallor, egregie nos admonuit illustrissimus Hugo, num audita sit unquam condictio aliqua commodati.* — Subrideo; quia admirationis studium nullos prorsus tulit fructus. Nam sententia ejus, mutatis paulisper coloribus, plane aliorum omnium est, nisi si illud novum et frugi esse putes, quod fortius aliquid et strenuius inesse condictionis appellationi, quam actionis statuit. *Sed* MEISTERUS *is est, quis magis dicam sibi ipsi suoque ingenio putet scribendam, quam ulli sincero Veterum fragmento; quippe ne erubescendum sit sibi, mente classici auctoris penitius intellecta* [2]). — Verum enim vero, equidem graviter HUGONEM esse vituperandum existimo, qui in aequa et munita, quam ingressus fuerat, via ire pergere repudiavit. Precarium proxime ad commodati notionem accedere videtur. Vitupero

igitur HUGONEM, quod inquirere in eam quaestionem omisit, quid sit, cur *e precario condictio* possit nasci?

Immo profecto! a commodato condictio proficisci non potest! Talis enim condictionum natura est, ut, nisi ita alterum obligatum habeas, ut obligationis utilitas ad te solum pertineat, tibi non competant. Ex emtionibus venditionibus, ex locationibus conductionibus, ex societate, invicem, vi ipsa horum contractuum, descendunt mutuae obligationes; ex mandato, ex pignore, ex commodato, ex deposito et similibus primarie unus quidem tantummodo obligatur, *obligari tamen potest alter etiam, ut actione contraria teneatur.* Num vero is, qui precarium, qui mutuum dedit, aut qui promittendum sibi aliquid curavit, aut qui indebitum soluit, aut qui ob turpem caussam, aut sine caussa dedit, aut, cui fur res abstulit, aut qui dedit, ut sibi daretur, praestaretur aliquid, an, inquam, ille ipse actione aliqua contraria conveniri potest? An ex ipsis his negotiis potest sumi exceptio quaedam contra agentem, quae quidem exceptio sane inesse potest in caussa pignoris, commodati, depositi.

Coecum aenigma solutum est; nihil addere placet, ne antecapiamus ea, quae in singulari libro

peragere decrevimus. — Sed, quod modo diximus, condictionum eam esse naturam, ut in stricti juris judicium veniant, id explicatione aliqua forsitan indiget, quamvis gavisus sim jam habere meae sententiae auctoritatem VINNII [3]).

Plerique autumant, *id, quod in stricti juris judicium veniat, debere esse non modo certum determinatumque negotium, verum etiam certam pecuniam, ita ut judex ex formula: Si paret, Sejum Cajo centum deberes actori totam rem adjudicet, aut renuat totam; stricti juris negotia opposita esse bonae fidei negotiis, in quibus judex jus dicat ex formula: quantum aequius melius, id dari,* quod quidem verum est; — dicunt autem porro: *actiones stricti juris oppositas esse actionibus arbitrariis, utpote tertio actionum generi, eiusmodi, ut ex judicis arbitrio pendeat, quantum praestari debeat.*

Qui dicunt, certam esse debere pecuniam, quae in stricti juris intentionem veniat, loco quodam CICERONIS [4]) innituntur, hujusmodi:

> Quid est in judicio? directum, asperum, simplex! *Si paret H. S. IↃↃↃ. dari oportere. — Hic si non planum facit, H. S. IↃↃↃ. ad actionis formulam sibi deberi, caussam perdit.*

Immo perfecto! Nam hoc loco orator de certa pecunia disserit ex stipulatu condicta. Sed id non ejusmodi est, ut incerta res non possit condici, id est, non possit venire in stricti juris judicium. Quae autem obligatio stricta erit, nisi ea est, quae est stipulatu debetur? Verum stricti juris obligatio ex stipulatu *aut certi, aut incerti* erit; certi quidem, si certam pecuniam seu speciem condixeris; incerti, si aut genus aut quanti tua interest; quod quidem in faciendi stipulationibus saepissime accidit. — An ex eo quod certo loco dari debet, stricti juris, an bonae fidei venire actionem putas? Nimirum, obligatio, quae ex stipulatu descendit, num bonae fidei esse existimaveris? Atque hanc ipsam condictitiam actionem et JUSTINIANUS et Icti vocant *arbitrariam* [5]).

Haud magni esset negotii, veteres excitare auctores nostrae sententiae, quod quidem hoc loco non lubet; sed unum alterumve monere juvabit. Si stipulanti tibi alter promisit; condictionem aut certi aut incerti habes. Haec condictitia actio stricti juris nominatur. Quidni *condictio* stricti juris? Cumulatio verborum esset vacua; nam in *condictione* eadem plane significatio inest, atque in stricti juris *actione*. *Stipulatio* stricti juris *negotium*

est; sicuti omnia alia ejusmodi, quorum utilitas prorsus ad unum spectet.

Sciendum autem est, triplicem hac in dictione esse *juris* notionem; primam juris seu legum, quae strictissime ad obligationem adplicentur, — alteram facultatis seu obligationis ipsius, quae, nisi sit directa et simplex, ut CICERO loquitur, stricti juris nequeant esse, — tertiam denique judicis, pro cujus subselliis res paragatur. — Prima autem cum tertia in unam fere coalescit notionem.

Sed, an ex stricti juris negotio alia actio non possit oriri, quam condictio? quaeritur. Sciendum est: ex qualibet obligatione civili actionem descendere, sed ab obligatione strictiore proficisci strictionem actionem; majus autem aliquid inesse in conditione, quam in actione; majus denique, quam in condictione, in actione poenali. Verum actionum formulas esse servandas, ne quis actionis et obligationis naturam possit *sibi* mutare, id etiam PAULLO placuisse [6]), nec non POMPONIO.

Neque illud praetermittendum esse censeo, licet tritissimum sit, in condictionis judicium non nisi rem venire posse alienam, nec vero propriam, ex illa agendi formula: *sibi dari oportere*; quam quidem formulam egregie VINNIUS [7]) explicuit.

Una valet exceptio in condictione *furtiva*. — — Cujacius [7]) autem condictionum naturam non nisi in eo ponit, ut res, — cujus dominus non sum, — mea fiat ex obligatione contracta. Objiciendum ei est, idem locum habere in emtionibus venditionibus, et in permutationibus, quae bonae fidei inter negotia sint referenda [8]).

[1]) Jus Romanum privatum, idque purum. 1813. p. 57. Hugo, Civ. Mag. tom. I. p. 197.

[2]) Meister, de loco quodam Varronis et Ulpiani. Vravisl. 1814. pag. 7.

[3]) Comment. in Inst. L. IV. T. VI. §. 28. n. 1.

[4]) Oratio pro Roscio Comoedo. c. 4.

[5]) §. 31. I. de action. — Tit. D. de eo, quod certo loco.

[6]) L. 9. D. de condict. ob turp. vel injust. caussam.

[7]) Comm. Inst. §. 14. de actionibus. — Vid. infra Cap. VII. §. 14. — Hugo, Civ. Magazin. Tom. I. p. 197.

[8]) Etiam Unterholznerus promisit commentationem *de condictionum natura*. (Zeitschrift von Savigny, Eichhorn und Goeschen. Band I. Heft 2. p. 248.) Sed ex iis, quae doctissimus vir jam tentavit et subministravit, vereor, ne, post magnos hiatus, unus ex multis evadat.

§. 8.

De actionum et condictionum concursu.

Jamjam autem Cujacius statuit [1]): *condictiones concurrere posse cum actionibus bonae fidei, cum stricti juris judiciis condictiones non concurrere.* — Addere debuisset maximus vir: *quia condictiones ipsae stricti judicii sunt.*

De concursu actionum et condictionum nonnulla adferre fragmenta juvabit. Paullus in libro V. ad Plautium [2]):

> Si vestimenta — inquit — utenda tibi *commodavero*, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, *condictione me recte acturum, responsum est*: quamvis enim propter rem datum sit, et caussa secuta sit; tamen turpiter datum est.
>
> Si rem locatam tibi, vel venditam a te, vel mandatam, ut redderes, pecuniam acceperis, habebo tecum ex locato, vel vendito, vel mandati actionem. — Quodsi, ut id, quod ex testamento vel ex stipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam dederim; condictio *duntaxat* pecuniae datae eo nomine erit. Idque et Pomponius scribit.

In primo casu commodatario actionem commodati competere, manifestum est; sed condictio

quoque certi competet, quia *propter turpitudinem accipientis* novatio quaedam facta est. Quodsi ex libero *consensu stipulantium* novatio quaedam facta fuisset, condictio duntaxat competeret. Optio denique, quanam intentione agere velit, commodatario competet; sicuti etiam in altero casu *locatori*, *emtori*, *mandanti*. Ast in stipulatu, sicuti et in legato alia res est. Ex legato enim vindicationis vindicatio competet. Quodsi nummos tibi dedi, ut rei propriae possessorem me efficias, ob turpem caussam condictio tantummodo competet, quamvis nummos, si exstent, vindicare licuerit. Ex legato *damnationis* condictio tantummodo descendet, quia, cum alterum obligatum habeas, alter te non habet. Quodsi pecuniam dederis alteri, ut rem tuam faciat, quod ad agendi rationem attinet, novatio facta non est; quamvis, si nummi exstent, vindicationem eorum quoque competere, recte dixeris.

PAULLUS in libro V. ad Sabinum [3]):

> Si liberum praedium tradidero, cum serviens tradere deberem, *etiam* condictio incerti competet mihi, ut patiaris eam servitutem, quam debui, imponi.

Casus hic est: in venditionis lege servitutis mentio facta est, in traditione non. Neque vero intelli-

genda erit servitus, quam vicinus jam habuit, sed obligatio accipiatur necesse est, ex qua venditor vicino servitutem concedere debuit. Si enim servitus jam constituta hoc in casu intelligeretur; nihil foret impedimenti, quin vicinus ipse eam vindicaret. Quamvis igitur ex vendito agere possim, ut emtor servitutem patiatur, nihilo minus condictio etiam competet, quia obligatio est, quae, *venditione rite peracta*, non nisi ad unum contrahentium pertinet; ad eum scilicet, qui justa dedit et praestitit, sperans, fore, ut caussa sequatur, omnis utilitas obligationis pertinebit. Vacuam possessionem tradidisti, de pretio fidem emtoris secutus. Illud pretium *debiti* naturam induet. — *Incerti* quidem condictio in proposita specie competet, quia non certa summa, neque certum corpus, sed jus quoddam, *quod aestimari non potest*, in litem venit.

Sic quoque Marcianus in libro III. regularum [4]):

> Si binarum aedium dominus dixisset eas, quas venderet, servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel *ex vendito agere potest*, vel *incertum condicere*, ut servitus imponatur.

In universum id equidem existimo: omnem obligationem, licet ex bonae fidei contractu descendentem, condictitiam, id est, stricti juris fieri, ubi, lite a judice diremta, in mora reus esse incipiat; qua quidem ex mora, quanti intersit, *statim praestitum esse*, condici poterit. Igitur actionem semper sequi *potest* condictio.

Nunc PAULLI illud fragmentum, in quod huc usque inquisivimus, probe intellexeris. — Id autem obiter tangendum est, *actionis* vocem esse generalem, in qua actio, condictio et quaecunque rei et poenae persecutio contineantur. — Ex absurda ratione PAULLUS, viae notionem cum servitute viae confundens, negat viae et aquaeductus usum seu usumfructum legari posse; nihilo secius *incerti actionem esse cum herede*, — id est, condictionem incerti, — sed connivendam etiam esse ususfructus petitionem, ut *servitus sub hac cautione constituatur, ut, si decesserit legatarius, vel capite deminutus ex magna caussa fuerit, restituatur.* — Nihil addere lubet; res etenim manifesta est. — Illud autem jamjam CUJACIUS monuit in recitationibus ad hunc locum, verba: *capite deminutus ex magna caussa:* esse adjecta a TRIBONIANO.

[1]) In recitationibus ad ff. L. 35. de serv. praed. urban.
[2]) L. 9. De condict. ob turp. caussam. L. 2. De condict. sine caussa. — L. 34. § 1. D. de O et A.
[3]) L. 8. pr. De act. emti venditi.
[4]) L. 35. De serv. praed. urb. — L. 22. §. 1. De condict. indebiti.

§. 9.

Ulpiani *fragmentum quoddam.*

Ex iis autem, quae attulimus, hanc in medium proferre regulam, non dubitamus:

quarum rerum servitutes constituantur, earum etiam posse constitui usum et usumfructum [1]).

Non possum a me impetrare, quin hanc regulam, per se jam constantem, Ulpiani nomine et auctoritate fulciam, qui, in libro II. fideicommissorum, consulentibus, an legatum, seu fideicommissum aquae valeret, id dedit responsum [2]):

non videri inutile fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta: — id est, quamvis is, cui aquae usus seu ususfructus relictus sit, vicini praedii dominus non sit.

Suam Ulpiano tribuo laudem, qui, licet ab argumento non modo minus stabili, verum plane falso profectus, tamen ingenii bonitate et juris quasi insito sensu ductus, rem omnem ita decidit,

ut nullus sit reprehensionis locus. Quod enim sagacissimus vir, veluti et Paullus in fragmento, quod modo peregimus, omne discrimen sustulit inter eas res, quae servitutum esse solent, et inter ipsum servitutis jus, — quamquam propter loquendi consuetudinem excusari potest, — tamen e falso rerum principio eum exiisse, manifestissimum est.

[1]) L. 4. L. 37. De serv. pr. rust. — L. 6. De serv. legata.

[2]) L. 14. §. 3. De aliment. legatis. — Legendum est: *utiliter relinquitur.*

§. 10.

An possunt servitutes, id est, res, quae in servitutis stipulatum venire solent, pignori dari?

Sed in his quaestionibus non alienum erit ad diversam naturam et vim servitutum, quae aut in habendo, aut prohibendo aut faciendo consistunt, animum intendere. Quamvis enim earum rerum, quas servitutum esse convenimus, usum quoque et usumfructum comparari posse constet; nemo tamen unquam tam insanus erit, ut usum personalem oneris ferendi sibi constituat, ex quo haeres seu legatarius destruere cogeretur id, quod testator, qui sibi constituerat usum, summa forsitan mole

exstruxit. — Quin etiam ipsae Romanorum Icto- rum sententiae talem prohibere videntur pactionem.

Docuimus enim, illam nostram servitutum descriptionem in faciendi, habendi et prohibendi servitutes diserte nuspiam declaratam et apertam inveniri in jure nostro, sed Romanos, quid hac in re verum videretur, magis sentientes, quam a veri principio profectos urbanorum praediorum servitutes eas ducere, quae in habendo et prohibendo, — rusticorum, quae in faciendo consisterent. Id in universum esse verum reperies. Nonnunquam tamen prohibendi et habendi servitutes inter se distinguuntur, et maxime quidem, si ad possidendi modum et rationem respicitur. Nam habendi servitutes in superficie consistere [1]); prohibendi, in mero jure dicuntur.

Haec adcuratius perpendens et his subnixus Marciani et Paulli sibi adversas sententias haud inepta sane conjectura conciliare statui, quorum hic, *Viae*, *Itineris*, *Actus*, *Aquaeductus* pignoris conventionem locum habere affirmat; alter vero — *Jurium urbanorum praediorum* pignus seu hypothecam improbat [2]). — — Quarum sententiarum reconciliatio quaenam potest inveniri, nisi tecum convenias, Marcianum ea tantummodo jura praediorum urbanorum intelligere, quae in

habendo consistant? Quis enim, ut modo dixi, tam insanus erit, ut oneris ferendi jus, seu tigni immittendi, seu altius tollendi, in pignoris obligationum deducat [3]. Quorum pignora nulla Icti judicarunt; ex eodem argumento, propter stolidam constituendi rationem, usum quoque constitui non posse, judico.

1) L. 20. pr. De servit. praed. urb.

2) L. 11. §. 13. L. 12. De pign. et hypoth. — Ad verba Paulli in lege 12. „*vendere eas vicino liceat*" — habeas rationem legis *commissoriae*.

3) Movet me, quod CAJUS — l. 3. *De precario* — dixit: *Veluti, si me precario rogaveris, ut in tectum, vel in aream aedium mearum stillicidium, vel tignum in parietem immissum habeas.* — Sed temporalem hujus precarii *rationem* statuas, necesse erit, utputa, aedificandi gratia. — Eadem ratio esse debet L. 17. Communia praed.

§. 11.

MINUTIUS *contra* JULIANUM *defenditur.*

Probe igitur MINUTIUS [1]: — siquidem duabus diversis personis contiguae duae tabernae, in cujus inferiorem ex superiore aliquid inaedificatum esset, per legatum relictae essent, servitutem oneris ferendi quoque legatam videri: — statuit; —

quamquam JULIANUS tum demum id verum esse contendit, si aut servitus nominatim esset imposita, aut legatum ita datum: *tabernam, uti nunc est, ita do, lego.* — Sed videat JULIANUS; ne hoc ita verum non sit, quoniam in ultimis voluntatibus semper ad voluntatem testatoris attendendum est. Licet enim propria res domino non serviat, tamen in hac, quam MINUTIUS proposuit, caussa, aedificium, *uti nunc sit*, legatum esse, re ipsa apparet; neque unquam testator id voluisse praesumi potest, ut, nisi hanc diserte legato adjecerit conditionem, haeres seu legatarius opus aut a se ipso aut ab alio exstructum et inaedificatum demoliret.

Licet igitur justo longior tibi fuerit haec nostra evagatio, licet audacior noster in gravissimos Ictorum Romanorum impetus; tamen non sine praeda hoc ex proelio regressi videmur. Intelleximus enim, neque ex tempore servitutem constitui posse; quae quidem pactio servitutem deduceret in *obligationem*; — neque ad tempus; qua ex conventione *usum* tantummodo, seu *pignus*, seu *precarium*, nec vero servitutem tibi compares. — Caveas enim miscere servitutem ipsam cum rebus, quae servitutum esse solent: — quod,

quamvis jam saepe monuerimus, nimis frequenter tamen moneri non potest.

[1]) L. 1. De serv. legata. — SCAEVOLAE plane illa JULIANI sententiae non placuisset. L. 20. pr. Commun. praed.

§. 12.

PAPINIANI *de conditionibus servituti adjectis sententia explicatur.*

Nunc reliquum est, inquirere, an sub conditione servitus constitui possit. PAPINIANUS, ut vidimus, servitutem neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui posse adfirmat [1]). — En, habes in hac Icti decisione conditiones et quae *resolutivae*, et quae *suspensivae* nominari solent, parum apta sane appellatione, Romanisque Ictis plane ignota. Nam omnis conditionis natura et vis est, ut res in suspenso sit, id est, ut ab incerto rerum eventu pendeat, an aliquid fiat, nec ne. Rectius igitur Romani distinguunt, utrum contractus jamjam perfectus *resolvatur ex* conditione; an ab incerto rerum eventu pendeat, contractus ipse perficiatur, nec ne. Haec vera conditio, illa magis conventio contractui adjecta videtur [2]). — Quodsi conditionum discrimen statueris, magis in diversa initi contractus ratione

et intentione, quam in diversa conditionum natura id positum esse videtur. Nam in conditione, quam dicunt suspensivam, *exspectabitur*, an perficiatur: in resolutiva, an discedatur a contractu jam perfecto. Videndum igitur, sicuti in omnibus rebus, quid actum sit inter partes, cum alia descendat obligatio ex contractu conditionato, alia, si pure quidem contraxeris, sed ita, ut ex pacto conditionis nomine adjecto rescindi res possit. Nam si sub conditione contraxeris, tu promissorem non nisi ad id obligatum habebis, ut diem exspectet conditionis, utrum veniat; neque, pendente conditione, quid, quale, quantum sit in obligationem deductum, intelligi potest; neque commodum medii temporis, veluti fructus, neque incommodum et periculum rei venditae ad emtorem pertinebunt; neque, si res tradita est, pro emtore usucapere poteris. — — Sin vero pure stipulatus fueris, sed ita, ut ex conditione contractus resolvi possit, omnia haec in contrarium vertentur [3]).

Videre ergo licet, Papinianum non satis definite locutum fuisse, cum, servitutes neque sub conditione neque ad certam conditionem constitui posse, urget. Quidni servitutem revera constitutam dices, si ita tibi traditur, ut ex conditione restituatur, cum eadem sub lege res emta tradi

possit, ut pro tuo possideas? — Nam servitus in omnibus fere caussis dominium imitatur.

Huc pertinent contractus, qui innominati appellari solent. Sunt enim conventiones, quae, quamvis nomen civile non habeant, re ipsa tamen obligant. Quae quidem per se semper conditionem recipiunt. Quamdiu enim is, qui, ut sibi aliquid detur, dare promisit, non dederit, tamdiu in suspenso negotium erit; quodsi dederit, obligatio pura et perfecta nascetur, ut alter praestet, quod praestiturum se promisit. Ita fieri potest, ut re ipsa consummetur stipulatio servitutis et ipsa servitus: veluti: si Titius, qui fundum fundo Sejano vicinum possidet, a Sejano petierit, ut iter per fundum sibi concederetur, et Sejanus concesserit, ea tamen sub lege, ut ne Titius in confinio sui fundi, puteum aperiundo et fodiendo aquis Sejani fundi noceret. Quodsi uterque fide promiserit, servitus ab utraque parte et adquisita erit et imposita, ita tamen, ut, si unus contrahentium non steterit promissis, alter aut eum cogere, aut ipse a contractu discedere queat. — — Hunc autem finem habes et summam nostrarum disquisitionum:

> *Servitus ipsa* constitui *non* potest, neque sub conditione, neque ex tempore, neque ad tempus.

Servitus constitui *potest* ad conditionem, id est, ea sub lege, ut, quamvis tradita tibi sit, deficiente conditione restituatur.

Non possum, quin HOEPFNERI [4]) hac de re judicium adferam, ejusmodi, ut eum hujus materiae parum compotem agnoscere liceat. — „Jure Romano — inquit — *servitutes temporales* nullae sunt, id est, servitutes constitui non possunt neque in diem, neque ex die, ne sub conditione quidem. Cujus dispositionis ratio, quam HUGO DONELLUS late explicare conatus est, mera demum subtilitate inniti videtur. Qua re probe cognita, Praetor mihi concessit doli seu pacti exceptionem, ad removendum eum, qui contra placita servitutem sibi vindicare vellet." —

Quoniam hanc rem examussim peregrimus, non opus erit contra HOEPFNERUM aliquid dicere.

[1]) L. 4. De servitutibus.

[2]) L. 2. §. 3. Pro emtore.

[3]) L. 2. De in diem addictione. — L. 1. l. 2. De lege commissoria. — L. 8. De periculo et commodo rei vend. — L. 2. §. 4. Pro emtore. — L. 19. De usurp. et usucap.

[4]) Comm. Inst. §. 351.

§. 13.

De utilibus et inutilibus servitutum stipulationibus.

Si stipulationi ea adjeceris, quae *servitutis* natura non patitur, — de quibus supra jam abunde diximus, — ne forte credas, aliam, tali pacto adjecto, servituti naturam posse inseri. Nam licet per se tales pactiones inutiles non sint, — obligant enim eum, quocum contraxeris, ejusdemque heredem, — nec tamen ad servitutem pertinebunt, neque singularem rei successorem obligabunt.

Praeterea sciendum est, non nisi ab utroque fundorum domino, aut eorum nomine, veluti a mandatario, curatore, servo, et adquiri et imponi posse servitutem. Non id hoc loco quaeritur, capine possint servitutes usu et tempore, etiamsi non a domino, sed a possessore fuerint adquisitae. Sic enim non ex contractu, sed alio titulo adquiruntur; qua de re infra disserendum erit. — Sed leti tanta in juris servitate versantur, ut emtor servitutis tunc demum auctorem laudare possit, si dominus fundi fuit, cui adquirere servitutem voluit [1]). Nam licet inter partes contrahentes emtio talis seu stipulatio obligationem producat, tamen *servitus* non intelligitur constituta; ex quo consequitur, ut, si a possessore fundus ad dominum

suum redierit, servitus sublata sit, nisi nova intercesserit stipulatio.

[1]) L. 6. §. 5. D. De act. emti et venditi.

§. 14.

De superficiario et emphyteuta.

Sed regula illa: *non nisi dominum adquirere tibi posse servitutem*; nonnullas admittit exceptiones. — Qui autem fundo adquirere potest servitutem, inde imponere non debet; cui autem imponere licet, ille semper adquirendi jus habebit.

Superficiario licere servitutem superficiei imponere a nostris Ictis traditur [1]). An igitur etiam emphyteutae licebit? Dubito, quia meliorem, nec vero deteriorem fundi conditionem efficere debet. At forsitan objeceris, quid impediat eum imponere fundo servitutem, cui totam rem pignori dare liceat? — *Totam rem*? Quod profecto, antiquiore quidem jure, verum non est! Nam si emphyteuta agrum vectigalem pignori dedit, vectigalibus neque ab ipso, neque a *creditore* solutis, potior domini caussa erit, ita ut res omnis secundum legem fundo dictam ad dominum proprietatis pertineat [2]). Quodsi emphyteuta servitutem fundo impo-

suerit, prima emphyteuseos legis conditio violabitur. In superficie alia ratio videtur, cum, quamvis area domini sit, ipsa superficies tamen magis ad superficiarum pertinere videatur, nulla lege commissoria dicta. — Illud autem certum et indebitatum est, emphyteutam, quippe qui fundum meliorem reddere debeat, etsi imponere non possit, adquirere servitutem posse. Si autem ex pignoris caussa exemplum sumere fas est, licere servitutem imponere emphyteutae, concordiae caussa concedere volumus; sed soluto ejus jure, servitus alterius evanescet.

Eadem fere ex caussa, quapropter emphyteutae servitutem fundo imponendi facultatem denegare propensiores sumus, neque vasallo servitutem fundo feudali imponere licebit [3]). Adquirendi autem servitutem facultas erit; sed, si ad dominum fundus reciderit, heredibus vasalli dominus, si retinere servitutem lubet, pretium emtionis restituere tenebitur [4]).

[1]) L. 1. §. ult. De superfic. L. 10. de act. emt.

[2]) L. 31. De pign. et hypoth. — *Vid. supra Cap. I.* §. 3. — Superficiario licere superficiem pignori seu hypothecae dare, pure traditur fr. 13. §. 3. De pign.

et hypoth. — In recipiendo solario tamen potior erit caussa domini, quam creditoris.

[3]) II. Feudor. 8. §. 1.

[4]) II. Feudor. 28. Si Vasallus in feudo.

§. 15.

Qui porro servitutem fundo adquirere, nec vero imponere possunt.

Qui fundum sub conditione emit, fundo neque imponere, neque adquirere servitutem potest, quia dominus non est. Sed is, qui pure emit, fundumque traditum accepit, sed ita, ut emtio rescindi possit ex conditione, servitutem fundo adquirere, nec vero imponere, neque adquisitas et antea jam fundo constitutas remittere debet, quia incertum est, utrum rei dominium apud eum maneat. Eadem ratio est in fundo sub conditione legato. Nam pendente conditione, haeres pro domino fundi legati habetur, et inde servitutes fundo adquirere poterit; neque vero imponere, neque remittere eas, quas vicinus jam debet. Quodsi fecerit, impositae exstinguentur, remissae servitutes revivescent, quando legati conditio exstiterit. Adquisita autem servitus legatarium sequetur [1]); sed, quod ex aequo et bono statuendum est, non nisi restituto emtionis pretio.

Sunt autem nonnullae juris species, quae quibusdam personis, licet non ipsum dominium proprietatemque, tamen et usum et fructum et administrationem et quasi tutelam concedant. Sic dos in bonis mariti esse dicitur, proprietate penes uxorem remanente [2]); quamvis ULPIANUS [3]), aliique doceant, fundi dotalis dominium quidem marito esse quaesitum, sed ita demum, ut alienatio prohibeatur; — id enim lex Julia de fundo dotali prospexit. — — Sed de dominio dotis ex jure et ritu antiquitatis, et, quibus ex rationibus illud jus, quod marito ex jure noviore in dote sit, dijudicari debeat, longum est disserere. — — Verum, cui alienatio fundi ipsius concessa non est, ei neque partem, ne particulam quidem dominii alienare licebit. Ideo JULIANUS et ULPIANUS [4]) neque servitutes fundo dotali debitas posse maritum remittere, neque novas imponere, statuerunt; Et, si maritus alium fundum fundo dotali servientem adquisiisset, confundi quidem servitutem, sed ita, ut, si eundem, quem emisset, fundum venditori reddidisset, neque servitutem rursus imposuisset et restauravisset, illud marito imputaretur, ita ut ille litis aestimationem praestare deberet [5]). Quodsi maritus solvendo non esset, utiles actiones dandas esse mulieri adversus eum,

ad quem fundus rediret, ad renovandam servitutem [6]). Et, si uxor fundum, cui praedia viri servitutem deberent, in dotem dedisset, pervenire quidem fundum dotalem sine servitute ad maritum, sed ideo non posse videri per maritum jus fundi deterius factum. Nam officio de dote judicantis contineri, ut fundus aut mulieri aut ejus heredibus redintegrato jure redderetur.

Item pater possidens fundum, quem filius peculii castrensis nomine proprium habet, a servitute et a quocunque onere liberare, fundoque servitutem adquirere potest; quod quidem et ii debent, quibus interdictum est bonis: fundo autem servitutem imponere patri non licet [7]). Novissimis circa peculium adventitium stabilitis principiis, de hoc quoque idem statuendum erit.

Si debitor fundum habens in fraudem creditorum vicino servitutem cesserit, cum omnis alienatio in fraudem creditorum nihil valeat, servitus quoque valere non debet. Strictissime autem si Paullianam actionem interpretatus fueris, valebit quidem servitus, sed creditoribus revocandi jus erit.

[1]) L. 11. Quemadm. serv. amitt. — Cujacii recit. ad hanc locum. — Galvani tr. de usufr. Cap. XXXV. num. 5. Conf. autem l. 2. Si ususfr.

[2]) L. 75. De jure dotium.
[3]) L. 13. §. 2. De fundo dotali.
[4]) L. 5. 6. 7. ibidem.
[5]) Condictionis locus erit, et incerti quidem.
[6]) Erit concursus actionis confessoriae et condictionis indebiti incerti, quasi, cum maritus, servitute non restaurata, fundum reddiderit, indebitum aliquid traditum sit.
[7]) L. 18. §. 3. De castrensi pecul.

§. 16.

De usufructuario et proprietario.

Fructuarium, quamvis servitutem fundi nomine retinere possit, servitutem fundo imponere non debere, certissimum est. Sed ne proprietatis quidem dominus, servitutem imponendo, alterius usumfructum minuere debet.

Quod autem proprietatis dominus fundo, cujus ususfructus est, ne consentiente quidem usufructuario, servitutem imponere debere traditur, id nonnulli peculiaris *juris* esse dicunt; equidem, quamvis et ULPIANUS et PAULLUS [1]) hac in re mirifice consentire videantur; tamen nullum plane jus esse contendo, id est, ab omni juris et aequitatis ratione abhorrens et remotissimum. — ZACCHARIADAE quidem contra videtur, qui ratione prorsus aliena innixus: — *quoniam servi-*

tutis servitus non detur [2]), illam Ictorum sententiam non modo defendi posse, verum etiam defendendam esse autumat. Quae quidem regula ut stet, seruitutes *praediorum* accipiendae sunt, quae, ut supra exposuimus, non modo *divisionem haud recipiunt*, verum etiam non hominis, sed fundi caussa constituuntur. — Quod secus est in servitutibus personarum [3]). Eum, qui servitutem habeat, hujus servitutis non posse constituere servitutem, indubitati sane juris est. Sed hoc ita demum verum est, ut non liceat, nisi id convenerit inter utrumque *et* dominantis *et* servientis fundi dominum. Veluti: si, cum jus pascendi habeam, dominus fundi servientis, *me volente*, alii vicinum fundum habenti *per agros pastui destinatos* aquam ducere permiserit, — an servitutem pascendi impedimento esse dices? Nullo modo. Non enim divisio erit servitutis, sed, novo servituti adjecto modo, nova et aliter atque aliter sese habens servitus. — Igitur in illo, quod attulit ZACCHARIADES, ne ratiuncula quidem inest, et satis explosum argumentum videtur.

Neque eorum operae pretium est refellere opinionem, qui, *quoniam non nisi per cessionem in jure servitutem adquiri et in alterum transferri potuisse autument*, *unitatem personarum*, id est, unam totius

dominii personam strictissime *necesse esse arguant*[4]). Nam in jure cessio ne in omnibus quidem servitutum speciebus pernecessaria fuit. Quod sane nihil refert. Qui enim, quaeso, impedierit, quo minus usufructuarius partem ususfructus proprietario remittat et cedat, quippe cui totum ususfructus jus concedere et remittere licet?

Alii ULPIANUM et PAULLUM defendunt dicentes: *alienationis speciem esse servitutis impositionem; atqui, quoniam fructuarius fundum alienare non debeat*, *ergo neque alienanti proprietatis domino eum debere consentire*[5]). —

O cornutorum syllogismorum!

Haud secus ac pueri versus et ludicra discunt: —

Grandia si parvis assimilare licet! —

En! ursus ferus est, referens pedem ab arbore mellis,

Propterea in campis ibimus Elysiis.

Alii hunc in modum argumentantur [6]): *servitute imposita mutari substantiam rei;* — (!) — *rei autem mutatione interire usumfructum.* (!!) —

Sed id mihi quidem persuasissimum habeo, in Justinianeos compilatores omnem esse conferendam culpam, utpote qui, omissis et neglectis iis, quibus ULPIANI et PAULLI sententia superstructa fuerit,

rationibus, locum inexplicabilem effecere [7]). — Sic potest fingi: singularem Ictis casum ante oculos observatum fuisse, veluti: si impuberi, ususfructus nomine, alimenta essent relicta.

[1]) L. 15. §. ult. L. 16. De usufr.

[2]) Vid. Hugonis Civ. Magaz. tom. II. p. 348.

[3]) L. 13. §. 1. D. De acceptilat.

[4]) Noodtii probabil. II. 7.

[5]) Hoppii Comm. Instit. II. tit. 3. §. 4.

[6]) Galvani tract. de usufr. C. XXXV. num. 6.

[7]) B. H. Reinoldus in lib. sing. variorum ad jus civ. pertinentium, Cap. XVI. — verba Ulpiani: „*ne quidem*" sic explicat: *quamvis fructuarius non consentiat.* — Male et contra omnem loquendi consuetudinem! — — Alii, ut van Eck et Bynckershoeck legendum esse statuunt: *equidem*; — renitentibus Msctis, renitente fragmentorum nexu, renitente quoque Basilicorum versione, Lib. XVI. T. I.

Cap. VII.

Quemadmodum servitutes usu et tempore capiuntur.

Quaecunque Veteres de servitutum usucapione tradiderunt, magna sane obscuritate haec circumfusa sunt. Dubii enim juris jam apud eos quaestio et contentio fuit, an *possiderentur* omnino servitutes? Huic dubitationi consentanea quaestio excitabatur, an *usucapi* possent, cum omnis usucapio possessione niteretur. Quam ut dilucide illustremus et componamus controversiam, a principio erit incipiendum.

§. 1.

De usuauctoritate.

Usucapionem rerum et immobilium et mobilium jam in lege XII. tabularum fuisse positam, ex Ciceronis capite IV. topicorum apparet, ubi haec leguntur:

> *Quoniam ususauctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. — Ast in lege aedes non appel-*

lantur; et sunt ceterarum rerum, quarum annuus est usus. Valet aequitas, quae in paribus caussis paria jura desiderat.

Sic etiam in oratione pro Caecina, cap. XIX.

Lex usum et auctoritatem jubet esse biennium.

Quibus ex locis genuina XII tabularum verba ita sunt restituta:

Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus usus esto.

Qui autoritatem usus, seu usum et auctoritatem, seu, — ex antiqua loquendi ratione, — *usum-auctoritatem* pro usucapione aut pro ipso dominii jure accipiunt, magno — ut mihi quidem videtur, — in errore versantur. Auctoritas enim nihil aliud significat, quam *personam auctoris* [1]a), id est, ejus personam, quae jus suum in nos transtulit.

Sunt autem nonnulli contractus in mutua invicem praestatione consistentes, — quos utrimque onerosos vocant, — veluti emtionis venditionis et permutationis, — nam de alienationum speciebus, nec vero de ceteris contractibus, quae alienationem non continent, sermo esse potest, — in quibus negotiis auctor evictionem, id est, indemnitatem rei evictae praestare tenetur, si malus fuit, id est, si plus juris in alterum transferre conatus est, quam ipse habuit. Nam si bonus,

idoneus, locuples auctor est, qui mihi rem et omne rei jus tradidit, indemnis ero et victor evadam, quandoquidem alius vindicias ierit. Igitur in verbis: *fundi usus auctoritas biennium esto:* ea etiam *per consequentiam* significatio inest: teneri ejusmodi auctorem generis, *praestare* auctoritatem, id est, *auctoritatis venditorem* praestare debere *emtori* actiones et exceptiones, quas et ipse habuerit et habere *debuerit.*

Sed in hoc loco paullulum morandum erit. Objecit enim mihi quidam, hanc nostram explicationem jam apud Unterholznerum, et ante eum, apud Salmasium inveniri. Respondere possem, me tunc temporis Unterholzneri tractatum non legisse [1b]); mequidem eum esse, qui nunquam alienis nitidus esse velim coloribus; meum esse ita conformatum animum, ut lubentius aliorum, quam meo impertiam nomini.

Sed, hercle, Unterholzneri interpretationi nihil omnino largiendum erit, quippe qui in universum stabilire voluit, auctoritatem significare eam, quam quilibet auctor praestare deberet, *evictionis indemnitatem*; quod non nisi in venditionibus et similibus alienationis titulis contingit. Huc redeunt locutiones: *auctoritatis obnoxium, auctoritatis venditorem esse* [2]). — Nunc attendas,

quaeso. Auctor, qui gratuito digito alienavit, non nisi, quas ipse *habet*, praestabit actiones et exceptiones, *quamvis eum auctorem laudare, allegare, denunciare possim*. Igitur nec donans, nec testator, *quamvis ex eorum auctoritate seu ex eorum persona possideam*, indemnitatem evictionis praestabunt. — In illa autem legis XII. tabularum dictione: *fundi usus auctoritas biennium esto*, ea inesse contendo, sine quibus *usucapio* nulla procedere potest: *fides*, — an enim, qui vitiosam seu *sciens* rem alienam, quam auctor bona fide possederat accepit, is esse potest, qui auctorem alleget, cum ipse, si rem alienaverit, nullam praestare possit auctoritatem? — *et justa possessionis caussa*, — sine qua *auctoritas* nulla est, — *possessio ipsa et tempus*, ita ut, quaecunque postea et possessionis et usucapionis jura Romani Icti condiderunt, quasi commentarii ad hanc legem XII. tabularum, et interpretationes notionis *auctoritatis* esse videantur: veluti, *pro emtore*, *pro legato*, *pro herede*, *pro donato*, *pro dote* possessiones. — Ex illa enim primaria auctoritatis notione eruitur altera, *justae* scilicet et *legitimae* rem pro suo habendi *caussae*, id est, *idea boni, idonei, locupletis auctoris*. Nâm, aut *nulla* erit auctoritas aut *idonea*; et possidens aut habet titulum, aut nullum. Si ex auctoris persona

vindicantem removeris, bona erit auctoritas; sin minus, nulla. Idque in omni possessionis *titulo* obtinebit; nec vero in illa et possessionis et dominii primaria notione, in occupatione scilicet. Nam, qui rem nullius, id est, quae *nunquam* ullius fuit, occupavit, non ex aliena auctoritate possidere *potest*, sed propria statim auctoritate et suo jure possidere incipiet. Suus ipse sibi auctor erit. — At vero, si pro derelicto possides, contra vindicaturum *persona derelinquentis ejusque auctoritas* valebit. Si enim ille, qui rem dereliquit, aut dominus fuit, aut saltem meliore jure rem antea habuit, quam is, qui vindicare vult, obtinebis.

Quid ergo, si per biennium ex alterius auctoritate fundum pro tuo possedisti? Tunc demum inquam, ex nullius auctoritate, sed ex proprio jure et ex jure Quiritium possidere incipies, seu potius te tibi *usu* rei dominium *cepisse* contendo. — Haec igitur summa est: Auctor debebit suppeditare exceptiones, si alius vindicias ierit: auctor debebit actiones subministrare, si, possessione amissa, rem per vindicationem recuperandi animus est [3]): sed ex eo, quod actum est, negotio, dijudicabitur, debeatne tantummodo praestare eas, quas habeat exceptiones actionesque, an eas etiam, quas habere debuerit, id est, re evicta, indem-

nitatem. Res autem immobilis per biennium, res mobilis anno tenus ex bona auctoritate possessa usucapta erit.

Calculo huic nostrae explicationi adjecto, UNTERHOLZNERUM *vestigia* SALMASII *prementem* prorsus nullius pretii protulisse sententiam judicabis. Excitabit quidem VENULEJUM sibi adsertorem, cujus sententia in titulo de evictionibus refertur [3]b):

> *Si alienam rem mihi tradideris, et eandem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem, id est, actionem pro evictione.*

Recte, cum nemo *sibi* caussam possessionis mutare possit, amitti personam auctoris placuit Icto. Quod autem per *actionem pro evictione* auctoritatis notionem explicuerit, id mirum mihi non videtur, quia in toto capite *de evictionibus et duplae stipulatione* non nisi de emtionum titulis sermo est.

Adversus hostem aeterna auctoritas esto [4]).

Haec lex XII. tabularum videtur. Mirum esse dico, quantas struxerit moles, mirum, quantum erraverit in tractanda quaestione doctissimus vir, UNTERHOLZNERUS [5]), quamvis parum absit, quin, quod vix credibile esse videatur, ad unum eundemque finem nobiscum contendat. Hunc in modum argumentatur: Vocabulum *adversus* idem

significare posse, ac *secundum*[6]): itaque legem esse interpretandam: *Quoniam peregrinus usucapere non potuisset, ideo, si res esset ei evicta, in favorem peregrini esse aeternam pro evictione actionem introductam contra auctorem.* — Videas, doctissime vir, ne imperitiae latinitatis convincaris, quippe tibi, quod ad *auctoritatis* notionem attinet, ad HEINDORFII[7]) *auctoritatem* confugiendum erat. Nam quamquam hoc tibi benigne largiamur, vocem *adversus* idem *posse* significare, atque *secundum*; tamen nunquam significare potest id, quod *in favorem* alicujus fit, quippe quam significationem vix habeat vox: *secundum*. Sed jam exempla, quae apud GESNERUM[8]) invenies coacta, potuisset te edocere, vocem: *adversus*; ne id quidem significare, quod *secundum* aliquid fit, sed id, *quod attinet ad rem*. Itaque in nostra lege dictio: *adversus hostem - - - esto*; hanc habet significationem: *Quod attinet ad peregrinum*, — seu: *de peregrino*, — seu: — *circa peregrinum et civem Romanum hoc jus esto: ut non nisi ex alterius auctoritate possideat peregrinus.* — Huic consequens est, ut ille nullo modo rem ex jure Quiritium habere queat, ita, ut, quamvis longissimo temporis spatio praeterlapso, tamen usucapio nulla ei procedat; huic consequens,

ut, si rei, quam sibi paravit, evictionem minatur alius, exceptiones sibi suppeditandas curet ab auctore, seu, ut auctorem laudet, alleget, eique denunciet; huic consequens, ut, possessione amissa, aut auctor ipse pro peregrino agat, aut peregrinus ex auctoris auctoritate, cessis, siquidem hoc e mente juris antiquissimi fieri potuit, actionibus; huic denique consequens est, ut rei evictae, quam peregrinus titulo, quem dicunt, *oneroso* sibi paraverat, — *quocunque temporis momento fuerit evicta*, — praestet auctor indemnitatem.

Eandem denique admittit interpretationem lex Atinia, quae ita jubebat:

Rei furtivae aeterna auctoritas esto [9]).

Si rem a fure emtam vendidi tibi, tu quidem me auctorem laudare et allegare poteris, tamen auctoritas usque ad furem perduci debet. An autem unquam potest a fure proficisci auctoritas? — Huic consequens est, ut, licet rem furtivam emerim, tamen *pro emtore usucapere non possim*, quia perpetuo mala seu nulla auctoris auctoritas impedimento erit; et inde domini vindicatio aeterna erit, cum res, nisi in domini potestatem reversa fuerit, nullo tempore aliter, *quam ex furis auctoritate*, possideri queat.

[1a]) Vid. e. g. L. 13. §. 1. D. de adq. vel am. poss.

[1b]) Die Lehre von der Verjährung etc. von UNTERHOLZNER. Breslau 1815. §. 3, 10 — SALMASIUS de usuris. c. 8. *Les beaux esprits se rencontrent!* — Quod doctissimum virum fugerit Gallici philologi sententia, id ex aequo dijudicandum esse puto. Cur autem ei ignotum erat, jam apud VINNIUM Inst. II. VI. pr. num. 1. Salmasii sententiam *egregie explosam* inveniri? — Vid. quoque SCHULTINGII jus antejust. pag. 291. nota 7.

[2]) PAULLI sententiae receptae. L. II. tit. XVII. §. 1 et 3. — Vid. quoque tit. D. de evict. et dupl.

[3]) Ante Publicianam *actionis fundamentum* suppeditare debuit. — Sed aetas actionis valde dubia est.

[3b]) L. ult. D. De evict. et duplae stip. — L. 33. §. 1. De usurp. et usuc.

[4]) CICERO, de officiis, L. I. c. 12.

[5]) Lehre von der Verjährung, §. 10.

[6]) ULPIANI fragm. XX. §. 14. et notae CUJACII et SCHULTINGII. Tit. XXVIII. §. 1. nota 2 et 3.

[7]) Lehre von der Verjährung, §. 10. nota f.

[8]) Thesaurus in voce: *adversus;* num 2. — Respondet verbo: *gegen*, adversus me benignitas: Güte *gegen* mich, *rücksichtlich* meiner. — Vox: *secundum*, dem *gemäfs*, *zufolge*. Contra: *wider*.

[9]) §. 2. Inst. de usuc. — CICERO in Verr. I. c. 42. — GELLIUS noct. att. 17. 7.

§. 2.

De usurpationibus.

Usurpatio dicitur interruptio usucapionis, quasi *usus ruptio* seu usurptio; quam oratores, Paullo teste [1]), *frequentem usum* vocant. Cur autem interruptionem usucapionis frequentem usum vocant?

Antiquissimo quidem tempore ea fuisse videtur *omnis* usucapionis natura, ut, nisi a primo auctoritatis possessore esset impleta, a novo quolibet possessore *iterum tota esset incipienda* [2]). Cujus regulae unam tantummodo fuisse exceptionem puto in suo herede; quae ne vera quidem regulae exceptio fuit, quia suus heres, vivo etiam patre, res paternas quodammodo possidere videbatur [3]).

Sed, cum, procedente jurisprudentiae cultura, ipsum usucapiendi jus ad certissimos revocaretur fines, et maxime, cum rei furtivae notionem quam latissime interpretarentur Icti [4]); sensim invaluisse videtur, ut primum, suspicor, successori universitatis, dein, aliis etiam rerum singularum successoribus, siquidem ipsi possessionem ad usucapionem haberent, accessio temporis, quo res apud locupletem auctorem fuerat, concederetur. — Huc accedebat actio Publiciana, quae etiam, *rescissa usucapione*, dabatur. Huc accedebat, aucta civitate, commerciorum negotiorumque

frequentia. Nam antiquissimis quidem civitatis temporibus suum cuique placebat.

Ex illa autem, quae antiquae Romanorum usucapioni propria inerat, natura apparet, quid sit, quod per frequentem usum insignire voluere oratores, quoniam, quotiens possessio seu usus fuerit mutatus, interruptio fit capionis. Igitur proprie frequens usus non denotat interruptionem, sed per consequentiam ea significatio inest, ut usurpetur usucapio.

Vulgo a nostris traditur verbum *usurpare* aliam insuper admittere notionem, quippe quod factum significet, per quod servitus *faciendi*, quae non utendo depereat, retineatur [5]). Sed verius erit statuendum, communem esse et in hac dictione significationem vocis „*usurpare.*" Quandocunque enim servitutem faciendi habens desierit *facere* et *exercere*; alter, quamvis, servitutem iterum atque iterum imponi et exerceri, pati debeat, tamen quasi in possessione libertatis esse intelligitur; quae quidem libertatis possessio, si is, qui jus habet, per statutum tempus servitute usus non fuerit, ad libertatis usucapionem valebit. Igitur facto opus est, ut faciendi servitus retineatur; quo facto, quoquo temporis momento feceris, alterius possessio liber-

tatis rumpitur. Habes itaque proprie usurpationem *libertatis*, id est, ruptionem usus libertatis.

Ex hac usurpationis significatione descendit altera: scilicet: usurpationis sui commodi gratia factae, quasi rumpere usum et possessionem alterius *sibi*, id est, ut sibi servetur, possessionem et dominium revocare, vindicare.

1) L. 2. D. De usurp. et usuc.

2) UNTERHOLZNERI Verjährung §. 33.

3) Sic interpretanda est L. 13. §. 4. De adq. vel am. poss. — *Quaesitum est, si haeres prius non possederat* etc. — In illa autem §pho Ulpianum non de eo, quo tempora utebantur sua, jure, sed de eo, quod res et stricta usucapionis natura poscere videatur, locutum fuisse, apparet.

4) §. 2 et 3. I. de usuc. — L. 3. §. 20. De adq. poss. — L. 4. pr. Pro suo — ubi: *Neque idem simul pro suo et clam possidere potest.*

5) L. 6. l. 8. §. 1. l. 9. l. 16. Quemadm. serv. amitt. — PAULLI sent. rec. I. 17. §. 2.

§. 3.

De rebus merae facultatis.

Apud HOMMELIUM [1]) agitatur quaestio, ut ipsi videtur, inexplicabilis.

Dicat mihi aliquis, et erit mihi magnus Apollo: quare sartor, quem nuper abdicavi, aut dimissus

famulus non possit adversus me possessorium summariissimum instituere, quare non medicus, ut porro retineam?

Sentio, actionem non tenere, sed sentio tantum, nec, si mortem mineris, possum dicere: quare? Tu, si sapis, rationem decidendi suggere. Sane, quae de rebus merae facultatis disputavi, hic non sufficiunt.

Respondit Sibethus [2]):

medicus tuus contra te omnino agere non potest, nec possessorio summariissimo, nec ordinario, quia tu tuorum factorum dominus es.

Id tandem idem est, ac si dixisset: *quia consultatio medici res merae facultatis est.*

Quaenam autem sint res merae facultatis, quaestio est; quam quidem quaestionem ne tactam quidem inveneris apud Sibethum; quod equidem, cum omnis, quam ille pertractavit, materia circa hanc quaestionem vertatur et ab hac quaestione rite decisa proficisci debeat, magnopere nobis mirandum videtur. Licet equidem de Sibetho longe aliud judicium ferendum esse putem, quam Savinnius tulit, tamen non possum, quin eum reprehendam. Quid reprehendam? immo omnes illius positiones esse falsas, et a falso principio profectas, ideoque delendas existimem. — Quodsi

a stabilito rerum principio esset profectus, et si in illa quaestione tractanda praecipue laborasset: *quaenam omnino essent res, quae usucapi possent?* ad longe alium — opinor — finem tetendisset.

Apud Hommelium [3]) invenies illam de rebus merae facultatis quaestionem agitatam, ita tamen, ut ex ipsa illius explicatione proposita quaestio vix possit expediri.

Proprie et vi naturae, quicquid genio tuo placuerit, id aut facere aut omittere tibi licebit.

Sed a quibusdam factis abstineri, utputa a delictis, et quaedam fieri, utputa alimenta liberis praeberi, jubent leges; quaedam autem molimina suadet juris et utilitatis ratio, ne alter id, quod nostrum est, sibi adquirat. Ceterae res omnes merae sunt facultatis, ita ut, sive exercueris id, quod licet, nec ne, id nihil praejudicii faciat.

Quaenam autem sunt res, quae, ubi desieris facere, cum alter aliquid faciat, amitti possint? *Sunt, quae absque obligatione possunt oriri praecedente; sunt, quae etiam nullo possunt auctore adquiri originaria illa adquisitione, occupatione scilicet; est aeternum illud dominii jus, quod habeatur propter obligationem necesse non est, sed ex quo tanquam obligatio enascitur adversus omnes, ut rem esse*

nostram sinere debeant. — Ceterae res omnes, utpote quae non nisi ex obligatione oriuntur praecedente, etiam, nullo praecedente nexu, non possunt adquiri, sed merae facultatis sunt, si nexus nullus est. An, cum falso existimabas, alteri te debere centum aureos, quamquam per longissimum tempus usurae nomine annuos quinque aureos indebitae sortis pependisti, an, quaeso, unquam obligatio sortis aut perpetuarum usurarum potest oriri? Quid, si indebitae sortis, errore inductus, securitatem praestiteris aut per pignus, aut per fidejussorem, an pignus tenebit, an fidejussor tenebitur? — *Si errore inductus fueris* — inquies forsitan — *pignus non tenebit, sicuti nec fidejussor tenebitur: ast, si sciens indebitae sortis fidejussorem dederis, aut pignus; valebit: aut, si sciens per longissimum tempus indebitas usuras pependisti; valebit, et obligatio erit enata.* — Immo forsitan et contra. Nam si ob vim et metum id feceris, licet longissimo tempore praeterlapso, nulla prorsus existere potest obligatio, quia ex nihilo nil oritur; sed alter obligatione et actione: *Quod metus caussa*, tenebitur. Quodsi sponte id, quod statuimus, feceris, tunc, quod actum est, erit respiciendum, et videas, *num ex donandi animo obligatio procedat, et, quae, qualis, quanta sit*

obligatio? Id igitur contendo, sine debitione nullam esse obligationem.

Sed an obligatio vi ipsa naturae non utendo depereat, id est, an, si per longissimum temporis spatium *condicere* et *exigere* id omiseris, quod in obligationem deductum est, vi ipsa rei amittatur? quaeritur. Quod mihi videtur neque strictum jus, neque aequitas quidem admittere. Obligatione enim per solutionem non exstincta, quaenam, inquam, caussa esse potest, ex qua eam esse exstinctam dixeris? Quod autem leges certos esse voluerunt actionum fines, id neque strictum jus, neque aequitas poscit, sed utilitatis seu potius commoditatis gratia receptum videtur, scilicet, ut certi sint actionum fines et termini. — Quod et in usucapionibus quodammodo contingit [4]). — Quas quidem praescriptiones, cum exceptionem contineant regulae generalis et rationis, strictissime esse interpretandas neque ad casus licet simillimos porrigendas, jure existimo.

Haec igitur summa quaestionis est. Obligationes possunt non utendo perire, si id juri civili placuerit; nec vero possunt tempore adquiri utendo, si ex altera parte per nexum nulla debitio fuerit.

[1]) Rhapsodia quaestionum, observ. 489.

[2]) (Sibeth) Versuche über den Quasi-Besitz. Vorrede p. IV. Halle 1806.

[3]) Rhaps. quaest. obs. 33.

[4]) *Quod et quodammodo in usucapionibus contingit.* Nam licet dominus rei quasi adversus omnes habuit obligationem, ut rem sinerent esse suam, tamen, si per statutum tempus jus suum persequi omisit, vindicatio deperditur, atque possessioni, quae certas habuit indoles, plenum jus dominii addictum est.

§. 4.

An ea sit servitutum natura, ut omnino capi usu possint.

Diximus supra, nihil praeter nomen habere inter se commune personarum et rerum servitutes. Usumfructum enim, ceterasque servitutes personarum non nisi ex obligqtione oriri praecedente: servitutes rerum iisdem fere modis, quibus dominium, adquiri. Illas conditionem recipere, et eam quidem debere recipere conditionem, ut non ultra fructuarii mortem pertineant [1]): has ejusmodi conditionem non recipere, sed tanquam dominium, in aeternum valere; — et alia his similia.

Quaecunque de usufructu et personarum servitutibus diximus, manifesta sunt; sed quod ad

id attinet, quo discedat servitus rei, id explanatione aliqua indigere videtur. — Diximus: *servitutem posse iisdem fere modis, quibus dominium, adquiri*, id est: posse adquiri, etiam nullo inter dominum servitutis et dominum servientis praedii nexu. *An igitur et quasi occupatione?* Profecto potest! — Fac enim te habere praedium; circum circa jaceant agri inculti, neque ullius dominii; ex his agris aquam ducis, ex fonte hauris, per hos agros exitum habes ex tuo et aditum ad tuum fundum, quasi occupationis jure. En, alius vacuas occupat sedes. An hic illas, quas nominavimus, nunc tibi debet *servitutes?* Immo profecto, debet agnoscere jus tuum jure suo antiquius. — Habet igitur originariam illam adquisitionem servitus cum dominio communem. Jam ex his, quae communes sunt servituti cum dominio notae, erit statuendum: *servitutes ejusmodi esse res, quae, si legi id placuerit, usucapi possint;* quod quidem dilucide illustrabimus.

Dominus rei tanquam adversus omnes obligationem habet adquisitam, ut rem esse suam sinant, seu ut agnoscant jus suum dominii. Possessor non agnoscit, quia *ignorabat*. Quo ex fundamento possessor, e. g. putu *emtor, possideat*, haud dubia res est; *pro emtore* scilicet. Sed emtioni inesse

debebit, ut bona fide facta sit, ut emtor etiam *pro suo*, id est, domini animo possidere queat. — Haec etiam dico manifesta esse. — Sed quo demum titulo possessor *dominium* capiat, alia quaestio est. An pro emtore? Quid ejus emtio ad rei dominum pertinet? — Respondeo; magis esse, ex *derelicti* caussa eum nancisci dominium. Dominus enim, qui, per statutum tempus dominis ad inquirendas res suas sufficiens [2]), res suas inquirere et vindicationem instituere omisit, aut revera dereliquit, aut dereliquisse jure praesumitur, ita, ut possessor in ejus locum et jus succedat, ita, ut dominus illam latissime patentem dominii quasi obligationem, quam adversus omnes habuit, *amisisse* et omisisse intelligatur. Quemadmodum igitur titulus ille *pro suo* omni ad usucapionem possessioni inhaerere *debet;* ita *derelicti rationem* cuicunque capioni *tacite* inesse contendo.

His de dominii usucapione principiis stabilitis, via munita est ad usucapionem servitutum. Fac enim jus nostrum *servitutum usucapionem* voluisse et tibi esse mandatum, defendere illud juris praeceptum. Sane hunc in modum scriberes: non praecepit lex contra *utilitatem.* Nam si, patiente te, alter in tuo exercuerit, quasi *jus suum* [3]) exerceret; tu, per statutum tempus patiendo,

animum indicasse videris de jure tuo et obligatione adversus omnes partem remittendi et derelinquendi, ita, ut alter, qui antea bona fide pro suo servitutis quasi possessor fuit, nunc ex tua juris quasi derelictione servitutis dominus fiat. In usufructu ceterisque personarum servitutibus alia res est. Nam ea obligationum natura est, ut desinant, exsolutione facta; et, omnia, quae exsolvi possunt, et a quibus per exsolutionem liberamur, ab obligatione debent esse profecta. Id autem in usufructu contingit; nam morte saltem usufructuarii obligationis solutio fit. Servitutes nunquam exsolvuntur, sicuti nec dominium, licet omnes per longissimum tempus adnoverint; quippe illud dominii jus ex obligatione oriatur, necesse non est; sicuti neque servitus. — Qui servitutem habet, *suo jure* utitur; an vero usufructuarius suo jure uti frui potest? Minime! Nam nisi ex alterius auctoritate fruitur, nullus sane erit ususfructus.

Sed non una eademque est servitutum natura. Nam in faciendi quidem, et habendi, nec vero in prohibendi servitutibus usucapionem *posse* admitti, contendo; quarum ejusmodi indoles est, ut neque speciem quandam, neque colorem quidem *possessionis* habeant, sed in perpetua et aeterna *obligatione et debitione* consistant. Qua ex re, quove ex facto

earum possessio et usus cerni potest? An, quia vicinus tuus per tempus longissimum aedibus utebatur maxime depressis, jus ad te pertinere putas prohibendi, ne altius tollat? Minime gentium! At forsan dixeris, si vicinus, cum altius tollere molitus sit, a te prohibitus in hac prohibitione adquiescat, jus nactum te esse. — Sanae menti placere hanc sententiam vix puto. Nam aliud est, jus et rem alienam sibi assumere et utendo adquirere; et aliud, *alterum obligatum habere*, ut aut faciat, aut non faciat, et factum liberi hominis inhibere; quae quidem prohibitio, nisi ex lege, aut ex obligatione fit, nulla erit. — Quidnam hac in re jus Romanum constituerit, posthac demonstrabimus.

1) Quod haud absurde leges voluerunt, rationem naturae sequentes. Nam ex naturae lege liber fit servus morte domini. — Vid. de usufr. supra Cap. I. §. 2. — Ceterum ne putes cum GALVANO, (de usufr. c. XII. num. 11 etc.) et cum aliis, in ultimis verbis constitutionis JUSTINIANI *de praesc. longi temp.*, — praeceptam esse ususfructus adquisitionem per tempus et usum. Nam, nisi Imperatorem fuisse insipientem malueris, sane illa verba de agendi et jus persequendi licentia intelliges. Vid. UNTERHOLZNERUS, lib. (Conjecturarum) saepe laud. §. 77. nota b.

2) L. 1. D. De usurp. et usuc.

²) L. ult. D. Quemadm. serv. amit. — L. ult. D. De itin. act. priv. — L. 1. §. 10. D. De aq. quot. et aest.

§. 5.

De lege Scribonia I.

Nullam omnino servitutum usucapionis mentionem fecisse XII. tabulas, multi conjecere nostrorum Ictorum. Inconsulte quidem; quia, quod demonstravimus, res ipsa earum capionem admittere videtur. — Aliquando eam quoque valuisse, ex lege Scribonia [1]), quae servitutum usucapionem sustulit, satis superque patet. Nam si *nulla* fuit lex, *nullaque* consuetudo ejusmodi usucapionem admittens et constituens; quid lege opus fuit ad tollendum id, quod nuspiam fuit [2])?

Neque rationem legis, neque lustrum, quando lata sit, neque, quisnam ille SCRIBONIUS fuerit, satis compertum habemus; neque ejusmodi fuisse legem, sciremus, nisi JULIUS PAULLUS breviter monuisset, *per legem Scriboniam non sublatam esse usucapionem, quae libertatem fundi praestaret, sed servitutis tantummodo usucapionem.* Sed multa leguntur in jure nostro huic legi contraria. Quodsi PAULLUS maxime statuit: servitutes usucapi non posse, quia res essent incorporales, et quia earum non una esset neque continua possessio; idem

statuere debuisset: *servitutes, utendo licet per longissimum tempus, nullo modo posse capi.* Sed in hoc omnes fere consentiunt Icti, servitutes, quamvis non per bienni usum, tamen tempore et usu posse adquiri. Qua quidem ex caussa recte concludi posse puto, perantiquam fuisse legem, et, temporibus saltem ULPIANI, pene abolitam.

HUGO CUJACI praeclaro nomine dignus hunc in modum scribit [3]): — *Quis est, quin obstupuerit, quod, quicquid de lege Scribonia cognitum habemus, uni tantummodo* PAULLI *fragmento innitatur a Icto satis leviter quidem effuso?* — — Nemo sane erit, quin consentiat. Quid autem? Si compilatores illam PAULLI sententiam in corpus juris non recepissent, quid magis esset dolendum? Nam ex illo demum fragmento perspicere licet, qui fieri potuit, ut hic Ictus diversas plane a ceteris sententias stabilire conatus sit. Hic enim legem scriptam sequebatur; alter legem non scriptam, sed consultudinem introductam.

[1]) L. 4. §. ult. D. de usurp. et usuc. — De hac lege disseruerunt CUJACIUS in recitat. ad ff. L. 14. De servit. — idem in JULIO PAULLO ad L. 4. §. 29. De usurp. et usuc. — RAEVARDUS ad L. Scrib. — HUGO DONELLUS Comm. de jure civ. L. XI. c. 11 et 12. — GALVANUS de usufr. c. 12. num. 4. —

GROSS Geschichte der Verjährung. — UNTERHOLZNER, von der Verjährung §. 5. — et alii. Vid. BACCHII hist. juris. L. II. C. II. §. 93.

²) Vid. nota 9. SCHULTINGII ad PAULLI sent. rec. L. I. tit. 17. §. 2.

³) Rechtsgeschichte §. 8. nota 2.

§. 6.

De lege Scribonia. II.

De aetate legis Scriboniae graviter inter nostros certatur; nos tantum legem fuisse perantiquam contendimus. Neque tamen plane absurda videtur illorum sententia, qui orationem CICERONIS pro Caecina antiquiorem hac lege censeant.

In hac oratione TULLIUS laudem juris civilis cecinit, id est, laudem ejusmodi status humanae societatis, ubi lex et jus firmissimam cuique omnium fortunarum caveret securitatem. Haec ejus verba sunt.

> Mihi credite, major hereditas venit unicuique vestrum a jure et legibus, quam ab iis, a quibus ipsa bona relicta sunt. Nam ut *perveniat* ad me fundus, testamento alicujus fieri potest; ut *retineam*, quod meum factum sit, *sine jure civili fieri non potest.* Fundus a patre relinqui potest: *at usucapio fundi*, hoc est, finis solicitudinis et periculi litium, non a patre

relinquitur, sed a legibus. Aquaeductus, haustus, iter, actus, a patre: *sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur.*

Quid hoc loco rata auctoritas significare potest? An forsitan evictionem, quam nempe ob rem filio relictam pater praestare debeat!! Utrum cum UNTERHOLZNERO [2]) statueris, *ratam auctoritatem* hoc loco nihil aliud significare, quam *in jure cessionem?* — Quo nihil magis esse potest ridiculum! — Quid autem demum rata auctoritas esse potest, quam *titulus ex persona patris auctoris desumtus? caussa possessionis, quam jus civile justam et ratam habuit ex possessione et auctoritate patris?* — Neque in illum TULLII locum, quasi in fragmentum, neque, quod ad legis Scriboniae aetatem attinet, amplius inquirere lubet, ne is sim:

Quem certare putes de lana saepe caprina.

[1]) Cic. pro Caec. cap. 26.

[2]) Lehre von der Verjähr. §. 5. num. 8.

§. 7.

De lege Scribonia. III.

Etiam rationem legis omnes anxie investigarunt. Nonnulli caussam adferunt, quod servitutes, utpote res incorporales, non possideri, ideoque neque usucapi possint. Scilicet, quia PAULLO

id placuit. — O imitatorum coecum gregem! — Ast in servitutibus *praescriptionem* valere, omnes concedunt. Quasi *praescriptio possit* valere, si *propter ipsam rei naturam usucapio admitti non potest!* Cum autem jus civile jurium quasi possessioni eandem fere indolem et naturam, ac verae rerum possessioni tribuit, nihil impediet, quo minus, si ab eo discedas, quod leges voluerunt *diserte*, usucapi servitutes *possint*. — Dic etenim mihi, quaeso, et eris mihi magnus Apollo, qui fieri possit, ut usucapio servitutum, quae valuerit *ante* legem Scriboniam, cum sententia tua congruat? Unum tantummodo patebit profugium: *quasi lex insipientem inveteratamque correxerit consuetudinem!* — Sed credat Judaeus Apella!

Zacchariades [1]) obiter notavit: *servitutes capi usu non posse, jam, ti probe perspectam habueris Romanorum de usucapione disciplinam, judicabis.* (!) O lepide dictum! Quasi pusilla res sit! quasi explicatione non indigeat! — At vero contra Zacchariaden reputes tecum ea, quae supra de rebus merae facultatis diximus, et ejus etiam probe habeas rationem, quod de servitutibus prohibendi monuimus; quae scilicet et obligatione et nexu non debeant non descendere.

Quod autem PAULLUS *vetitam* a lege usucapionem quasi defendere voluerit, id, quamvis ineptis utatur rationibus, tamen tam aegre non fero. Nam scriptam ante oculos habuit legem. Suae civitatis leges defendere, easque necessarias esse evincere, boni civis esse videtur.

Hunc autem in modum loquitur:

Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; — nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. — Idem in servitutibus praediorum urbanorum observatur [2]).

Ultima fragmenti verba non ad servitutum possessionem pertinere, sed ad usucapionem, jam alii monuerunt; ideoque hac ex parte Ictus a vitio vacuus est [3]). — Quod autem dixit: res incorporales usucapi non posse, id nihil est: nam libertas servitutis, incorporalis licet sit, tamen *usucapi* potest? an dominium, id est, *ipsum jus*, corporale esse, an usucapi posse putas? quod quidem jus non possessione, sed ut monuimus, quasi ex dominii derelictione ab altera parte adipiscimur.

Quod autem servitutes non certam habere continuamque possessionem arguit, quamvis subtilissimum sit argumentum; nec tamen in omnibus rusticorum praediorum servitutibus obtinet. *Nam aqua perpetuo duci potest.* — Sed rectius erit, dicere, viam quoque, quod ad *eam capiendam per usum et tempus* attinet, perpetuam habere possessionem ejusmodi, ut quolibet temporis momento ire agere *liceat.* Nam si nunc via usus sum, et poshac per triduum non, post triduum via recepta, idem erit, ac si per totum tempus exercuissem servitutem, quum jure meo uti per totum tempus *potuissem.* Quodsi negaveris, idem neges necesse erit, *ullam in servitute viae currere posse praescriptionem;* quoniam, quod usucapioni *per se* impedimento sit, impedimento esse praescriptioni necesse sit.

De ratione et origine legis Scriboniae ultimam conjecturam moliri licebit. — Perantiquam esse legem statuimus. Quemadmodum autem *bono publico* usucapio introducta est, ne scilicet rerum dominia diu et fere semper incerta essent; sic bono publico legem Scriboniam sustulisse servitutum usucapionem, puto. Fuit enim tempus bellorum civilium, quo omnia miscerentur divina humanaque, quo incerta existerent rerum dominia, quo sibi

quisque, quod sibi placebat, assumeret. Si SCRIBONIUS, quisquis ille fuerit, his temporibus *rerum* usucapionem sustulisset, sapienter eum egisse, diceres; quod tamen audacter nimis factum fuisset, obstante publica de proscriptis lege. Servitutum autem usucapionem sine omni triumvirorum offensa tollere poterat magnanimus vir. — Quae quidem conjectura insuper sustentatur fragmento quodam LABEONIS [4]), in quo negavit, *ullam esse posse servitutis vacuam traditionem*, *ideoque a venditori servitutis ita esse* cavendum: *per se non fieri, quo minus emtor eo jure uti possit.* — Non vitupero Ictum, qui, cum servitutem ad *obligationum* naturam revocaret, legem Scriboniam paullo ante latam quasi defendere voluit; haud vitupero studium legem scriptam ad certas disciplinae regulas et lineas revocandi, licet minus recte philosophatus sit, quapropter a JAVOLENO etiam, cujus aetate praescriptio et servitutum quasi possessio jam dudum obtinuit, notatur [5]). Hoc igitur verosimillimum esse puto, in spatio a CICERONE usque ad LABEONEM esse annum ponendum, quo lata lex Scribonia sit, quae recte, ut equidem judico, a BACHIO, aliisque Consuli L. SCRIBONIO LIBONI tribuitur. — Omissis aliorum sententiis, haec de lege Scribonia abunde dicta videntur.

[1]) Hugonis Civ. Mag. tom. II. p. 352.

[2]) L. 11. pr. D. De serv. — Unterholzner cit. §. 5. num. 3., ibique cit. auctores.

[3]) Unterholzner cit. loco, ibiq. cit. auct.

[4] et [5]) L. 20. De servitutibus.

§. 8.

De Interdictis ad tuendam servitutum consuetudinem constitutis.

Eam esse servitutum possessionem et naturam, ut, — discedas quaeso a legum voluntate, — usucapi *possint*, quippe quae non in obligatione constitutant, sed in jure, neque, ex obligatione oriantur praecedente, necesse sit, exceptis prohibendi servitutibus, — id supra docuimus. Sed ex legibus bene compositis servitutum capionem per tempus et usum *currere debere*, id mihi quidem persuasissimum habeo. Nam si bono publico, ne scilicet rerum dominia diu et fere semper incerta essent, usucapionem dominii introduci, necesse erat; an minus necesse esse statues, servitutum capionem, quae ad ipsum dominii jus pertinent, quasque dominii et rerum ipsarum inhaerentes definivimus qualitates? An mavis incerta esse jura *aquarum et itinerum*, quamvis per longum tempus fundo debita fuerint? Numne in ipsa longi temporis praescriptione, — si quidem res

ejusmodi est, quam capi usu et tempore posse, monstravimus, — notio et praesumtio justae originis et adquisitionis inest? Et fortius quidem hanc praesumtionem pro justa servitutis origine certare putem. Nam variae sunt res, utputa error, ignorantia, et similes, quibus impeditus esse possit is, qui, omittendo agere per statutum tempus, domini actionem, id est, vindicationem amisit; quod quidem actionis et juris persecutionis impedimentum cum in servitutibus vix possit obtinere, fit, ut is, qui servitutem in suo exerceri passus fuerit, *semper fere ipse sibi tribuere debeat*, si agere supersedendo, si patiendo, si quasi permittendo amisit jus suum prohibendi, quod in dominio fuit. — Haec fere sunt, quae ex re consequantur; nunc, quid jus Romanum post legem Scriboniam hac de re statuerit, videbimus.

Quoniam lex noluit servitutum *usucapionem*, haud facile fieri potuit, ut legi scriptae ita derogaret consuetudo, ut usucapio revocaretur. — Invaluit igitur mox praescriptio, id est, ex juris antiqui mente, longi temporis *exceptio*.

Quam quidem antiquiorem esse, quam plerique putant, id mihi persuasissimum est; idque existimo, antiquiorem esse, quam plerique statuant, Publicianam aliquam in rem actionem.

Nam, si quid video, ager Publicus populi Romani nullo tempore usucapi potuit. Usucapionem dominium sequebatur; ast publici agri possessor, quamvis per quemlibet alienationis titulum possessionem, quam domini animo prope exercebat, in alterum transferre posset, tamen ipsum dominii jus, quod in aeternum penes populum seu rempublicam remanebat, in alterum transferre non potuit [1]. Ita certe ante Gracchorum rogationes. Cum igitur in his et ante et post leges Sextias Licinias nulla currebat usucapio, an etiam putas, nullam fuisse in iis longae possessionis praescriptionem? haud quidem contra rempublicam, sed contra eum, qui jus sibi assumeret? — Haec conjectura NIEBUHRUM [2]) sane habet assertorem, cui Interdicti *Uti possidetis* rationem et ortum ad hanc rerum conditionem esse referendum, visum est. Huc quoque pertinet locus CICERONIS [3]): — *Quid prodest fundum habere, si, quae, decentissime descripta a majoribus jura finium, possessionum, aquarum, itinerumque sunt, haec perturbari aliqua ratione, commutarique possunt?*

Sed haec minus ex re esse videntur. Sufficit enim scire, — et apertissimi quidem juris est, — praescriptionem et interdicta lege Scribonia esse antiquiora.

Licet ipsa servitutum natura capionem usu et tempore non poposcisset; nihilo minus tamen, ut arbitror, effectum fuisset, ut lege quodammodo derogata, iterum introduceretur. Initium enim tollendae legis duci debet ab interdictis Praetorum ad tuendum servitutum usum constitutis; idque JAVOLENUS annuisse videtur, cum *usum juris pro traditione possessionis accipiendum*, ideoque Interdicta veluti possessoria *constituta esse*, ait. Quoniam doctissimus vir, SAVINNIUS 4), uberrime de interdictorum ratione disseruit, ea tantummodo adferre in animo est, quae aut omitti non debent, ne desiderentur a lectoribus, aut quae ab amplissimo viro parum exercita sunt.

Sunt autem interdicta ad tuendas servitutes proposita *retinendae possessionis*, instar Interdicti: *Uti possidetis*. In eo autem differunt ab Interdicto: *Uti possidetis*; quod hoc quasi ad obligationem ex delicto 5) respicit; illa ad obligationem ex delicto non respiciunt. Nam qui interdictum instituit, *ne sibi vis fiat*, justam habere debet praesumtionem et formidinem alterius delicti; eique, qui injuriam ex molimine passus est, *intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, de iis, quae ibi habuit, quanti res erit*, *agere permittitur*,

propter delicti obligationem. — At vero, qui de via detrusus est, aut Interdicto contendere potest, aut actione. Si interdicto agit, ea erit intentio, ut caveatur sibi tranquilla possessio. Nam quamvis vi sit de via dejectus, tamen in jure suo remansisse accipitur, quoniam de mero jure nemo detrudi potest [6]). Neque delictum commisisse videtur is, qui detrusit, quoniam is quoque, quamdiu lis duraverit, quasi suo jure usus intelligitur. Igitur in interdicti intentione nihil amplius venit, quam, ut retineatur juris possessio, tanquam interdictum instituens de possessione dejectus non sit [7]). — Semper autem hoc interdictum duplex est, quia incertum est, uter obtineat; et praeparat semper hoc interdictum litem, scilicet actionem confessoriam aut negatoriam, nisi interdicto victus adquieverit.

Qui actione confessoria agit, eum juris petitorem esse apparet, ideoque jus suum demonstrare debebit. Quodsi probaverit de jure suo, in hac actione etiam fructus veniunt, id est, quanti intersit actoris, se servitute non esse prohibitum [8]); — qui quidem fructus, quod ad interdictum attinet, venire non possunt. — Ad quem

autem onus probandi pertineat, si alter in juris possessione Interdicto defendatur, videbimus.

[1] et [2]) NIEBUHRS Röm. Gesch. Tom. II. p. 366. 370 etc.

[3]) Pro Caecina cap. 26.

[4]) Das Recht des Besitzes. p. 381 etc.

[5]) Das Recht des Bes. p. 29 etc. 399.

[6]) L. 4. §. 27 De usurp. et usuc.

[7]) Ea enim intentio est omnium interdictorum, quae ad tuendas servitutes pertinent.

[8]) L. 4. §. 2. Si servit. vind.

§. 9.

De interdictorum conceptione.

Illud monuisse juvat, perobscuram videri interdictorum conceptionem. Ait enim Praetor:

> *Quo itinere actuque privato, de quo agitur, vel via, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario, ab illo usus es: quo minus ita utaris, vim fieri veto.*

Nisi haberemus ULPIANI aliorumque hujus Interdicti interpretationem, — Ictorum autem interpretationes usum fori continent; — an aliter statueres, quam hunc in modum? — „*eum, qui interdictum institueret, docere debere, se non vi, non clam, non precario ab altero usum fuisse.*" — Quae quidem explicatio omnem in-

terdicti sensum corriperet, corrumperetque. Nam *non vi* se usum docere, idem erit, ac: docere, justum se exercuisse usum; *nec clam*, idem, ac: *consentiente altero*: Quisnam autem docere poterit, *se precario non possedisse*, nisi juxta docuerit, qua ex caussa, quove ex titulo possideat? Quibus editis id ipsum videbitur: *jus sit possindendi habendive*, *nec ne*; — quo facto nihil praestaret *interdictum* actioni confessoriae. — At vero Ulpianus hunc in modum verba interpretatur [1]): „*hoc Interdicto non inquiri*, *utrum habeat jure servitutem impositam*, *an non: sive igitur jus habeat, sive non habeat*, *agentem in ea esse conditione*, *ut ad tuitionem Praetoris pertineat*, *si modo anno usus sit*, *vel modico tempore*, *id est*, *concluso anno non minus quam triginta diebus. Neque ad praesens tempus referri usum, sed annui temporis spatio demum concludi.* — — Is igitur, qui per hoc tempus in usu itineris fuerit, defenditur quasi in possessione, nisi *adversarius* docuerit, alterum *a se* aut vi, aut clam aut precario possedisse.

Hanc meram esse *Ictorum interpretationem* ex alio Interdicto apparet, quod ad refectionem viae pertinet. Ait Praetor [2]):

Quo itinere actuque hoc anno non vi, non clam non precario ab alio usus es, quo minus iter actumque, ut tibi jus esset, reficias, vim fieri veto.

Nam in hoc Interdicto ULPIANUS statuit: — *qui Interdicto de itinere uteretur, illud tantummodo probare debere, se usum fuisse anno; neque injuriam fieri ei, qui cogeretur pati, quod passus esset per totum annum. — At vero, qui Interdicto: de itinere reficiendo, uteretur, duas res debere docere: et, se hoc anno usum, et, servitutem sibi competere.* — — Rationem Ictus adfert: *quia, qui reficere vellet, novi aliquid faceret* [3]). — — Recte! probe! Ast in Interdicto hunc inesse sensum nego, nisi idem concesseris, eum, qui Interdicto utatur de itinere simpliciter, probare debere. Interpretatio igitur Icti est, sive fori. ULPIANUS quidem confugit ad verba interdicti: *ut tibi jus esset*, hoc est ex ejus explicatione: *sicuti per servitutem impositam licet* [4]). Quem sensum habere haec verba non concedo, primum, quia si de viae servitute constiterit, jus viam reficiendi tacite sequetur, nisi reficiendi modus diserte additus sit servituti: — Interdicti igitur utilitas cessabit [4b]): — deinde quia verbis Interdicti, quae dedimus, Praetor haec addidit: *qui Interdicto hoc uti volet,*

is adversario damni infecti, quod per ejus vitium datum sit, caveat. — Immo profecto! qui de jure suo servitutis, qui de jure et modo reficiendi docuerit, damni infecti cavere non debebit.

Verba igitur: *ut tibi jus esset*, hoc loco prorsus nihil aliud possunt denotare, quam: *utut tibi placuerit*, nisi vanam et inutilem propositi Interdicti esse rationem, statuerimus. Ne tamen servitutem habenti alius, quam servitute imposita liceat, refectionis modus placeat, damni infecti cautione opus est, donec quaestio finietur. — Longe aliam habet conceptionem Interdictum de aqua publica, quo voluit Praetor ab actore aut justam concessionem aquae probari aut usus *immemoralis praerogativam* [5]). —

Interpretatio, inquam, interpretatio fori et Ictorum est ab ipsius Praetoris mente profecta, et per id, quod res ipsa poscit, stabilita, et ex re desumta.

Firmissima autem ratio, cur Interdictum retinendae possessionis instituens non debeat probare, *se non vi, non clam, non precario* usum ab altero, illa est, quam Ulpianus adfert: — *Quid enim perdit, qui patitur alterum hoc facere, qui hoc anno fecit?* — En, habes justae originis praesumtionem et praerogativam possessionis.

Eadem ratio est *Interdicti de aqua*, nisi haec dissimilitudo est, quod *de itinere Interdictum* ei tantum competat, qui hoc anno non minus, quam triginta dierum spatio itinere usus est; de aqua Interdictum autem uno die anni aquam ducenti *non clam*, *non vi*, *non precario*, prosit [6]). — Sed anni spatium extendi potest paene in annum et sex menses. Est enim Interdictum Praetoris de *aqua aestiva*. Qui igitur aqua usus est initio aestatis, etiam sequente aestate habebit Interdictum pridie aequinoctium autumnale [7]). Nam sciendum omnino est, servitutes, quae per continuum tempus exerceri non debent, duplicato demum eo tempore amitti, intra quod alias non utendo servitutes amittantur. Ideoque interdictorum utilitas in his servitutibus duplicato demum tempore deperit. Idque ULPIANO etiam in proposita specie placuit, *tempus protendi posse paene in biennium.*

De rivis Interdictum competit ei, qui, cum non vi, non clam, non precario aqua usus sit, rivum purgare vult. Differt in eo ab *interdicto de itinere reficiendo*, quod non debet in hoc probari de *jure* aquae ducendae. Animadvertere quoque licet, interdicta de aquis proniora esse facilioraque, quam, quae viarum usum tueantur.

Simile Interdictum de fonte, id est, de aquae haustu competit, et eundem habet effectum et requisitis Interdicti de aqua plane convenit.

Longe alia ratio est *Interdicti de cloacis reficiendis;* quo in Interdicto placuit praetori omittere verba: *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*. Nam licet vitiose utaris ab altero, tamen reficere vel purgare volens prohiberi non debebis, ne immunditiis cloacarum pestilens coelum fiat [8]).

[1]) L. 1. §. 1-4. De itin. act. pr.

[2]) L. 11. eodem.

[3] et [4]) L. 13. 14. eodem.

[4b]) Nisi forsan id utile esse dixeris, quod res non in actionis, sed in *Interdicti* intentionem veniat.

[5]) L. 3. §. 4. *De aqua cott.* — referendam esse ad Interdictum, quod contineatur in L. 1. §. 38. eod. — constanter puto.

[6]) L. 1. §. 4. 22. eodem.

[7]) L. 1: §. 34. eodem. — L. 7. Quemadm. — Quod Ulpianus in lege 1. §. 34. *de aq. cott.* — distinxerit inter aquam aestivam et eam, quae hyeme ducatur, ejus rationem capere non possum. Locum autem sic esse interpretandum puto: „*in hoc Interdicto annum et sex menses contineri, siquidem initio verni aequinoctii ducta sit aqua et sequenti aestate pridie aequinoctium interdicatur. Quin etiam in biennium extendi*

Interdicti utilitatem, si hyeme interdicatur, id est: ante initium aequinoctii verni tertii anni.

[1]) L. 1. §. 7. De cloacis.

§. 10.

De satisdando.

Si Interdicto contenditur, satisdari debet; sed a quo et quemadmodum, videbimus.

Notissimum autem est, jure Romano antiquo nullam valuisse actionem, nisi res, de qua litigebatur, in obligationem esset deducta. Si igitur quis rei vindicationem instituebat, stipulatio *judicatum solvi* intercederet, necesse erat, ut reus personaliter obligaretur. Sine obligatione actio nulla; obligatio mater actionis [1]).

Idcirco hoc juris emanasse principium videtur, quia reus etiam actione in rem conventus non nisi ex eo juris capite obligatus habebatur, *quia possessor erat* [2]). Sublata enim possessione et in alium translata, evanuit obligatio. Postquam autem Icti principium ex Edicto Praetorum, ut opinor, desumtum stabiliverunt: *qui dolo desiisset possidere, nihilo minus pro possessore haberi* [3]); inutilem fuisse hanc satisdationum et stipulationum *judicatum solvi* rationem et cautionem audacter

contendo. Et plane, si quidem temporibus ULPIANORUM, PAULLORUMque nihilo minus haec obtinuit consuetudo, ideo obtinuit, quia antiquitatis simulacra non statim, nec subito solent corruere. Sed ante JUSTINIANUM jam hanc satisdandi rationem deductam fuisse in desuetudinem, conjicere licet [4]).

In Interdictis retinendae possessionis alia ratio est. Cum enim non de jure, sed de possessione quaestio sit, is, quem possessorem esse apparet, satisdare cogi non potest, — scilicet, quod ad Interdictum attinet, — sed ab eo, qui violenter possessionem alterius invadere, seu alterum de juris quasi possessione detrudere ausus est, caveri, ne porro vim faciat, ratio efflagitat [5]). *Servitutis* igitur *possessori* cautio praestanda de juris possessione non turbanda; *libertatis possessori* cavendum est ab altero, qui, quamvis non possideat, tamen possessionem et usum juris sibi assumere vult, *se non usurum*, donec quaestio finiatur [6]). Quisnam autem in servitutis aut libertatis possessione esse intelligatur, ex iis apparet, quae supra dicta sunt.

[4]) THEOPHILI paraphr. tit. Inst. *De oblig.* — *De actionibus* pr. — *De satisdation.* SAVINNIUS §. 38. p. 411. nota 1. ibique cit. auctores.

2) Altera forsan caussa erat, quod sola litiscontestatione non interpellabatur usucapio; L. 2. §. 21. Pro emtore. Ideo ex hac ratione non plane inutilis.

3) Vid. de hac regula JOHANNIS a SANDE Comm. ad tit. D. De reg juris. L. 131.

4) Nam Imperator novi aliquid se composuisse non jactitat. vid. I. de satisdat:

5) Sic etiam interpretandus est locus CICERONIS in orat. pro Caecina, cap. 32. §. 92. — *vincit sponsionem*, sc. quam ipse vim faciens sposponderat.

6) L. 7. De aqua cottid. et aest. — PAULLI sent. rec. L. V. tit. 6. §. 8. nota 51. apud SCHULTINGIUM.

§. 11.

De novi operis nunciatione.

Haec sunt Interdicta, quae ad tuendam servitutum consuetudinem spectant; nunc videamus, an in aliis quoque servitutibus remedium veluti possessorium propositum sit. Et equidem judico, quamvis nullum retinendae possessionis Interdictum tradatur *de pecoribus pascendis*, *de lapide eximendo*, *de arena fodienda*, tamen in paribus caussis paria obtinere debere jura. Sed videndum erit, an eae res ususfructus magis sint, quam servitutis. Si ususfructus magis sint, Interdictum non competet; sin vero servitutis, utile Interdictum competere puto.

Interdicta, quae memoravimus, omnia ad faciendi servitutes pertinent; nam servitus cloacae, quod ad reficiendi rationem, faciendi est.

Quid autem in servitutibus habendi obtineat, non difficile videtur, expedire. Quoniam enim prope ad veram rerum possessionem accedunt, nulla potest oriri dubitatio, quin earum possessio haud vitiosa ad Interdictum par sit, ita ut pro juris quasi possessore habeatur, et possessoris beneficio gaudeat, qui nec vi, nec clam, nec precario in consuetudine habendi sit. Nam cum faciendi servitutum possessio Praetoris officio et tuitione digna duceretur, supervacaneum sane fuit, Interdictum ad habendi servitutes tuendas constituere. — Quae mihi quidem manifestissima videntur. Altioris autem indaginis sunt, quae circa servitutes prohibendi obtineant.

Docuimus supra [1]), earum non esse originariam illam adquisitionem, per occupationem scilicet; nullam esse earum vacuam traditionem et possessionem; nullam esse earum usucapionem, quippe quae in perpetua *obligatione* et *debitione* consistere viderentur; in faciendi et habendi servitutibus aliud obtinere; nam in his non *adquiri* obligationem, sed, quemadmodum et in dominii capione, extingui et tolli quasi eam obligationem,

quam rei dominus adversus omnes habuisset, ut rem prorsus esse sinerent suam. *Extingui* obligationem et actionem non utendo per tempus, juri civili placere *posse*; *adquiri* hoc modo obligationem et actionem legi sanae placere non posse. Igitur *facere et habere licere* id, quod juri alterius contrarium esset, tempore et usu et mora alterius in agendo, qui jus haberet, *posse* adquiri; ast *prohibendi alterum et cogendi* ad aliquid facultatem solo tempore et usu adquiri prorsus non posse.

Haec ex ipsa rei natura philosophati sumus; nunc, an cum sententiis nostrorum Ictorum, quod ad servitutes prohibendi attinet, bene cohaereant, videbimus. Est autem titulus Digestorum, *de novi operis nunciatione*, cujus haec summa est:

Nunciatio fit a domino soli adversus vicinum, qui opus molitur novum; neque necessariam habet Praetoris aditionem; neque refert, denuncians jus habeat, nec ne. Sive habet jus, nec ne, tamen is, cui denunciatum est, in ea versabitur conditione, ut ab opere faciendo desistere debeat. Quodsi perrexerit in faciendo, quamquam alter nullum habuit nnnciationis jus, tamen id restituere cogetur [2]), *quod factum est opus; neque immerito, quia quasi contumaciae opus perpetravit.*

Remissio fit, si Praetor missam facit nunciationem [3]), *id est, si nunciationem, quia nullum prohibendi jus habeat, nuncianti remittit, et ei, cui nunciatum est, permittit opus perpetrare aut in totum, aut in partem. Plane, si satisdederit, remissio inutilis est, quippe quae tacite et sponte sua per se fit. Proprie igitur ea dicitur esse remissio, quae datur, ubi ex Praetoris judicio nunciatio non tenet.*

Sciendum autem est, nunciatione facta, eum, cui nunciatum est, effici ***juris possessorem*** [4]), *quamvis naturaliter in possessione esse videatur is, qui nunciavit. Sed Praetor irrogat in eum onus de jure suo probandi, si is, cui nunciatum est, remissionem poscit. Ita juris petitor efficitur is, quem modo in possessione fuisse dixeris; alter, qui remissionem petivit, vi ipsa hujus petitionis, possessor efficitur juris.*

Fit autem jure nunciatio ab eo, qui aliquod jus prohibendi habet, aut servitutis conservandae caussa, aut damni depellendi [5]), *aut publici juris tuendi gratia* [6]). — *Nuncianti coram Praetore, si prius juraverit, non calumniae caussa id se postulare, unum ex his tribus probandum erit, ne* ***Praetor missam faciat nunciationem.*** —

Sed si, cum nuncians de jure suo vellet docere, alter, cui nunciatum erat, litem deseruerit, praeter-

lapso defensionis die, nuncians possessor fit juris' ita ut alteri incumbat onus probandi de jure suo, et cavendi, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse altius tollere [7]. — Ex hoc apparet, quit sit, petitoris partes sustinere, quid sit, possessoris beneficio uti.

Haec ex jure nostro desumta ita manifesta declarant, nullam currere in prohibendi servitutibus usucapionem, ut nihil superaddere lubeat. Nam nunciatione facta, sive Praetorem adierit is, cui nunciatum est, sive non, possessor juris efficitur; *de quo beneficio non nisi litis derelictione detrudi potest.* Praeterea reputa tecum, ULPIANUM statuisse, eum, qui servitutem prohibendi sibi asserat, esse *possessorem simul, et juris petitorem*, id est, petitoris officio fungi. — Prohiberi igitur poterit aedificans etiam Interdicto: *Quod vi aut clam*, scilicet, si alter, qui petitoris officio fungitur, statim de jure suo probaverit. Quod quidem ex Icti verbis conjicere *licet* [8]; verum equidem magis puto, tunc demum hujus Interdicti fore locum, si alter *nunciationem* spernens in moliendo opere perseveraverit. Nam, qui in proposita caussa Interdicto: *quod vi aut clam*; convenitur, exceptionem habet Interdicti: *Uti possidetis* [9].

[1]) Vid. h. Cap. §. 3 et 4.

[2]) L. 1. §. 7. L. 20. pr. §. 3. De novi op. nunc. — L. 7. §. 2. Quod vi aut clam.

[3]) L. 1. pr. eod. — Tit. D. de remission.

[4]) L. 1. §. 6. l. 5. §. 10. De novi op. nunc.

[5]) Vid. tit. D. de damno inf. — L. 1. §. 16. 17. de n. op. nunc.

[6]) Vid. supra. Cap. III. §. 5.

[7]) L. 15. De novi op. nunc.

[8]) L. 6. §. 1. Si serv. vind.

[9]) L. 8. §. 5. eodem. ad fin. — Minus apte, ex mea quidem sententia, hac de re SAVINNIUS disseruit in libro saepe laudato, §. 46. pag. 498. etc.

§. 12.

Quod Vi aut Clam.

Sed nunc inutile non erit ex Ictorum fragmentis in unum cogere, *quisnam vi, aut clam, aut precario fecisse dicatur.* Vi autem fecisse non is dicitur, qui, quantumvis servitutem faciendi debeat, alterum a suo prohibuit et vi dejecit [1]), sed is, qui *contra, quam prohibitus* est, in faciendo perseveravit. Sed non modo factis, verum etiam verbis prohiberi potest; et vim non modo is fecisse intelligitur, qui manu contra prohibiturum obtinuit, sed is quoque, qui minis deterruit, quo minus prohiberetur.

Hoc loco non absurdum putamus de novissimis Imperatorum constitutionibus, quod ad servitutum possessionem attinet, paucissimis disserere. Est enim constitutio Imperatorum VALENTINIANI THEODOSII et ARCADII [2]) contra eum, qui possessori vim facit, ita ut, si dominus fuit, qui vim fecit, amittat jus suum, si dominus non fuit, praestet ejus rei aestimationem. Hoc modo ea, quam lex Julia de vi publica et armata constituit, poena translata est in eum, qui vim non armatam fecit. Et quaeritur, an haec poena etiam in servitutibus locum habeat? Quod negandum esse arbitror. Nam si dominus quis alterum de suo prohibuerit, id suo jure fecisse videbitur, quasi in libertatis possessione versatus. Sed alter, qui contra, quam prohibitus est, in faciendo perseveravit, si antea quam prohibitus est, non vi, non clam, non precario *ab altero* usus est, idem jure suo uti, et possessionem juris sibi tueri intelligitur. Nam de ipsa possessione Interdicti contentio est, id est, quisnam in juris possessione esse videatur; *ideoque Interdictum duplex.*

Altera quaestio forsitan jam ex his, quae diximus, dijudicanda, haec est: an e juris mente vis inferri possit ei, qui servitute utatur? Quod iterum negari debet, teste et adsertore PAULLO,

quamvis Consultus falsas adhibere mihi videatur rationes [3]):

Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea vi expuleris, non utendo amittam viam; quia nec possideri intelligitur jus incorporale, nec de via quis, id est, de mero jure detrudi potest.

Ast de mero quoque dominii jure quamquam nemo detrudi potest, tamen, qui detrudit alterum de possessione, non usucapiet. Uti autem debuisset Ictus aliis rationibus: *hic favor, haec praesumtio libertatis est*, seu, *certat pro possessione libertatis, si, cum alter agere potuisset et debuisset, agere omisit.* — Re ipsa adsentit PAULLO ULPIANUS, qui servitutem, si tali conditione sit amissa, *in restitutionem venire*, asserit [4]). — *Quod autem de mero jure nemo detrudi potest*, id in Interdictis ad tuendam servitutum consuetudinem propositis maxime valet. Sunt enim Interdicta *retinendae possessionis*. Quamvis igitur de ipsa via detrusus fueris, tamen, non restitutorie, sed prohibitorie interdices, tanquam nec de jure tuo, nec de juris possessione detrusus.

Qui his interdictis utitur, uti etiam potest auctoris auctoritate, id est, tempus, quod auctor non vitiose servitute usus est, accedit ad succes-

soris possessionem [5]). Sed videamus, vitiose possideat, nec ne, qui a bono quidem possessionis initio profectus postea tamen aut vi, aut clam, aut precario possidere incipiat. Sciendum est, non statim vitium incipere. ULPIANO enim placuit, nihil nocere [6]); sed apud PAULLUM paullo acutius rem tractatam invenio [7]): — *Sicuti* — inquit — *non nocet ei, qui sine vitio usus est, quod eodem anno vitiose usus est; ita emtori vel heredi non nocebit, quod ipsi vitiose usi sunt, si testator, venditorve recte uti sunt.* — Non statim igitur vitium incipiet possessionis, sed tantum requiritur tempus, ut bona possessio amittatur, quanto opus est ad bonam possessionem et consuetudinem muniendam. — *Annus autem concludit usum* [8]). —

Clam fecisse dicitur is, qui, ne prohiberetur, veritus, inscio altero et eo animo, ut factum celaret, aliquid fecit. Et qui alterius controversiam timere debuit, antequam faceret, denunciare debuisset, se facturum [9]). Est autem quaestio, an omnino ille clam facere videatur, qui inscio altero, nec vero celandi animo aliquid moliatur? Et rectius est dicere, si non celandi animo fecerit, etiam non clam eum fecisse videri; quamvis rebus in dubiis melius et consultius sit, denunciare, ne,

qui faciendi jus sibi assumit, in suspicionem clam facti veniat [10].

[1]) Vid. tit. D. Quod vi aut clam. — L. 4. §. 27. D. de usurp. et usuc.

[2]) L. 7. C. Unde vi. — Vid. GALVANI tract. de usufr. cap. 40. — SCHULTINGII jus antej. p. 523. — Et ante omnes SAVIGNY §. 40. p. 449-453. — HOEPFNERUS et alii autem errant, qui ex decreto quodam D. Marci — l. 13. D. *Quod metus caussa* — constitutionis rationem emanasse putent. Decretum D. Marci de jure crediti tantummodo loquitur.

[3]) L. 4. §. 27. De usurp. et usuc.

[4]) L. 1. §. 19. De itinere actuque priv. — L. 1. §. 23. De aqua cott. et aest.

[5]) L. 3. §. 6—10. L. 5. §. 2. L. 6. De itin. act. priv.

[6]) L. 1. §. 11. 12. l. 3. pr. eodem. L. 1. §. 20. De aqua cott. et aest.

[7]) L. 6. D. De itin. actuque priv.

[8]) L. 3. pr. l. 6. eodem.

[9]) L. 3. §. 7. Quod vi aut clam.

[10]) L. 11. §. 11. eodem.

§. 13.

De servitutibus habendi.

Ea, quae valent in servitutibus faciendi et prohibendi, uberrime exposuimus. Quod ad habendi jura attinet, monere satis habemus: *earum possessionem prorsus instar possessionis rerum*

immobilium videri, ideoque in his id obtinere, quod in rebus immobilibus earumque possessione valeat. — Fac enim me habere possessionem juris tigni immittendi, et cum nova immittere velim, me prohiberi ab eo, in cujus parietem antea tigna haberem. Quemnam putes modum prohibendi alterum adhibiturum? An operis novi nunciationem? Tunc autem statim de juris quasi possessione cadet, ita, ut de jure suo prohibendi debeat docere, id est, docere, nullam se mihi debere servitutem. — *Ast prohibebit lapilli ictu.*[1]). Tunc ego utar Interdicto: *Quod Vi*, si possum probare, *me possedisse hoc anno;* et alter demum habebit, quam probare debet, exceptionem: *me vi, aut clam, aut precario a se possedisse.*

[1]) L. 1. §. 11. de novi operis nunciatione.

§. 14.
De precario.

Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur, quamdiu is, qui concessit, pati voluerit. Differt a mutuo, quod precarium non accipientis fit; differt a commodato, quippe quod ad certum finem et usum, quamvis et alterius precibus, conceditur. Sed sane subtilissima ratio est, qua differant inter sese. Quid enim, si pre-

carium ad *certum tempus* fuerit concessum? Ictis placuit, concedentem non obligari, tempus exspectare, sed ante diem et intempestive repetere precarium ei licere [1]).

Quod autem Praetor ait: — *Quod precario ab illo habes; aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas;* — id non modo nostros, verum etiam Romanos Ictos maxime movebat. ULPIANUS statuit [2]), *quia totum hoc ex liberalitate descenderet ejus, qui precario concessisset, satis fore, si dolus praestetur.* — Valde absurda profecto et jejuna ratio! Numne enim in commodato idem hinc valere deberet? Ex eadem, inquam, ratione a commodatario dolus tantummodo praestandus erit, quia hoc etiam totum ex liberalitate descendit ejus, qui dedit. — Aliam sequitur celeberrimus WEBERUS [3]) rationem. — Parum abesse putat, quin hoc sufficiens videatur argumentum: *quod, cum quolibet temporis momento precarium revocare per concedentem stet, utilitas ex ejus liberalitate descendens tanta non sit.* — — Si fas est, cum tanto viro non consentire, si mihi conceditur meam stabilire et urgere sententiam: *certum et destinatum re utendi modum et finem esse contendo, ex quo alia commodati, alia precarii nascatur obligatio.* Alia enim res est, si quis ab

altero ad *quemlibet usum* tigna precario rogaverit, et alia, si tigna ad *fulciendam insulam* fuerint commodata. Qui enim ad fulciendas aedes tigna mihi commodavit, quamvis a liberalitate hoc proficiscatur, nihilo minus, *si ex tignorum vitio damni aliquid mihi contigerit*, ob dolum tenebitur commodati nomine. Ego autem, cui res commodata est, diligentiam patrisfamilias praestare debeo [4]); et *furtum* erit, si aliter, quam concessa sit, re usus fuero. Qui autem precario rogatus dedit rem, nequaquam tenetur, neque actione *contraria*, neque ullo alio remedio, *cum usus non sit destinatus*. Commodatarius ut ex ipso commodato sumat aut actionem aut exceptionem adversus agentem, fieri potest; ut precario accipiens ex precarii negotio aut actionem aut exceptionem capiat, fieri non potest; sicuti neque is, qui mutuum accepit, actione contraria ex mutuo uti poterit. Eum autem, qui precario accepit, *ut re quasi sua utatur*, non nisi ob dolum et culpam dolo proximam obstrictum esse, manifestissime patet. *Ad quemlibet enim usum* res concessa est; ad quemlibet, inquam, *usum*, nec vero ad *abusum*; ideoque abusus in *dolum* cadet.

Haec contra WEBERUM; nunc adgrediar HUGONEM [5]).

Quod ex precario condictio competat, id — inquit — indicium esse et argumentum, *posse in accipientem transire dominium.* — Quamvis verum sit, condictionem non competere ei; qui rem propriam persequatur; admodum tamen scirem, quidnam in promptu esset doctissimo viro, si interrogem: — numne furi similis videatur precario accipiens, qui quasi furandi animo contra, quam fas est, retineat rem? Adversus commodatarium hic dolus sane non praesumitur, quippe qui contraria uti potest actione. — Verum in hunc quasi summae necessitatis portum profugere non lubet. — Sed jamjam videas, HUGO, ne convincaris a discipulo tuo. — Nam, quamvis condictionum ea natura sit, ut ex obligatione oriantur ejusmodi, cujus utilitas et exigendae facultas ad unum tantummodo contrahentium vergeat, et quamvis id in precario maxime obtineat, tamen, quia: *rem propriam dari*, condictitie exigi non potest, ex precario condictionem non *statim* descendere, id equidem contendo. Placuit quidem JULIANO [6]) *si quid precario rogatum esset, non solum Interdicto uti te posse, verum etiam condictione incerti.* — Objicerem, hanc fuisse sententiam JULIANI tantummodo ab aliis, quod ex omnium silentio posset colligi, non probatam,

nisi totam hanc rem explanandi propositum esset. — Numne vero ex precario, utpote ex obligatione maxime determinata et ex re maxime certa *incerti* condictio *potest* descendere? — Ad alia tendimus, huc statim reversuri.

Pergit autem Hugo:

> *Quod ex precario incerti condictio possit descendere, id ejusmodi esse sibi videri, ut hac ratione fructus exigantur; — id est, quanti intersit condicentis, precarium statim redditum esse.*

Quo nihil esse potest rectius dictum. — Quanti intersit actoris, id incertum esse per se, supra docuimus. — Habet autem Hugo, quamvis non indigeat, Ulpianum hujus rei adsertorem, qui in libro LXXI. ad Edictum [7]):

> *Ex hoc* — inquit — *Interdicto restitui debet in pristinam caussam: quod si non fuerit factum, condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris, ei rem restitui ex eo tempore, quo Interdictum editum est. Ergo et fructus ex die Interdicti editi praestabuntur.*

A quo Interdictum editur? — A Praetore. — *Quid Interdicti editio valet?* — Praetor jubet, ut, ubi primum editum est, restituatur precarium. — *Quid vero, si convictus non statim restituerit?* — Tunc, opinor, pignoribus captis coërcebitur,

quanti res sit; verum etiam *condictio incerti* pertinebit ad alterum, ut consequatur, *quanti intersit,* precarium statim redditum esse. In Interdicti quaestionem et intentionem venit: an res sit precario concessa? quod si constiterit, mora solventis condictionem incerti parat. — Hunc in modum JULIAINI sententiam, quam supra attulimus esse interpretandam, puto.

Miratur denique doctissimus vir, *quod, ante Interdictum propositum, nullam civilem actionem precario danti fuisse comparatam Icti traderent.* — Immo, forsitan et contra. Nam precarium species est generis; genus, in quo haec continetur species, est id, *quod utendum datur* 8). Quis tam audax erit, qui precario danti, Interdicto nondum proposito, denegaverit *actionem commodati?* Quin etiam hujus rei PAULLI 9) habemus auctoritatem, qui *actionem etiam civilem quasi commodati ex precario competere*, ait. Quod autem Icti dicunt 10), ante Interdictum nullam juris civilis actionem fuisse de precario, id strictissime esse interpretandum puto, id est, *precarii nomine* nullam fuisse actionem, sed *commodati nomine tantummodo.*

Liceat mihi panca adhuc disserere de Interdicti intentione. Id autem unicuique statim quasi obvium veniet, multas habere inter se communes

notas condictiones et interdicta, quae quidem ad recuperandam possessionem spectent. Ubi nam ejusmodi interdictùm est, cujus utilitas ad utrumque pertineat? Etiam interdicti judicium simillimum fuisse equidem putem stricti juris judicio, quod scilicet ad obtinendi modum et rationem et tempus, intra quod lis peragebatur, attinet. Illud ego contendo, *ob caussae similitudinem interdictum esse propositum, cum condictio propter formulam: sibi dari oporteri; non teneret.* — Quoniam igitur precarii natura *condictioni* adversabatur, — quamvis, uno, quod condictio desiderat, excepto, plane ejusdem esset indolis; — Praetor simillimam actionem, quae eandem prorsus effectum habuit, id est, Interdictum hac de re proponebat. Ubi condictio non tenuit, Praetorem per Interdictum succurrisse juri animadvertes.

Apud veteres ambigebatur, an res soli commodari queat [11]). — Illud autem indubitatum videtur, juris, et, ut ita dicere liceat, *servitutis commodatum* nullum esse, vel certe contra usum loquendi certare, sicut revera etiam rei immobilis commodatum. Ad hanc enim juris figuram insigniendam formulae inventae sunt: precario rogare, habere; precario concedere, dare, veluti viam, aquaeductum et similia. Quibus qui precario

utitur, quamdiu alteri placuerit, utetur. Quodsi pretium intercesserit, non precarium, sed alia juris species erit. Quodsi, *stipulatione interposita*, alter ad tempus tibi promiserit istiusmodi licentiam, id non precarium erit, sed usus magis istius juris.

[1]) L. 12. pr. De precario.

[2]) L. 8. §. 3. eodem.

[3]) Ad Hoepfneri Comm. Inst. §. 771. nota 1. — Vid. etiam Joh. a Sande Comm. ad Tit. ff. de reg. juris. L. 23. pag. 163.

[4]) L. 17. Commodati *vel contra*. — De obligatione precarii unice *directa* vid. L. 4. §. 2. De precario.

[5]) Civil. Magaz. tom. I. p. 197 et 207. (edit. tert.)

[6]) L. 19. §. 1. De precario.

[7]) L. 8. §. 4. eodem.

[8]) L. 1. Commodati vel contra.

[9]) Sent. recept. V. T. VI. §. 10.

[10]) L. 14. De precario — ubi: *eo nomine* nulla civilis actio.

[11]) L. 1. Commodati vel contra.

§. 15.

De servitutum adquisitione per tempus et usum.

Exposuimus supra, quibusnam in rebus usucapio procederet. — Haec nostra sententia est: esse eas res, quae possideri haberique vel nullo

auctore possint; quidcunque igitur nisi ex obligatione procedente non debeat oriri, hac excludi nostra dofinitione rerum, quae sint usucapiendo, et amoveri; fieri autem posse non utendo et actionibus supersedendo jacturam et quasi dispendium actionum et obligationum, nec vero fieri posse, ut, si nexus non fuerit, solo usu et tempore adquiratur obligatio, nisi ea sit, quae in dominii jure consistat, quaeque cives civitatis omnes sinere rem jubeat esse nostram. Docuimus denique, servitutes faciendi et habendi esse ejusmodi, quae usu adquiri possent; nec vero prohibendi servitutes.

Invaluit autem, ruptis per interdicta Praetorum quasi carceribus legis Scriboniae, denuo servitutum adquisitio per tempus et usum. Sed cum *usucapionem* lex nollet; praescriptio [1]) saltem admittebatur; quam quidem adhiberi in ea re consentaneum erat, cujus rei quasi possossionem et usum, instar rei immobilis possessionis, Praetor tueretur.

Ulpiani temporibus evaluisse jam dudum servitutum capionem quandam, id, si propter eam, quam Paullus movit, controversiam, et propter ambigua verba, quibus uti videtur Ulpianus, diffideas, — ex rescriptis Caracallae [2]) aliorumque Imperatorum manifestissime apparet. —

Cum autem haec servitutum adquisitio contra legem certissimam certaret, ideo effectum est, ut Ictus ambiguis utatur verbis, non satis constanter locutus. Sic adhibet formulas: *veluti longae possessionis praerogativam habere*, *diu usum fuisse servitute*, *diuturno usu et longa quasi possessione jus nactum fuisse*, *utilem ea ex re habere actionem*[3]). — Paullus autem legis Scriboniae quasi restaurator et redintegrator in *faciendi servitutibus* omnem rejecisse videtur capionis figuram, hoc unum tamen tempori concedens, servitutem vetustate impositam pro lege esse habendam; quamvis nonnullarum ejus sententiarum is color sit, ut etiam longi temporis adquisitioni in servitutibus non prorsus resistere videatur. Sed fragmenta quaedam adcuratius examinare lubet.

Repetas, quaeso, si animo cecidere, ea, quae supra diximus [4]): *in ipsa longi temporis praescriptione*, — si quidem res ejusmodi esset, quam usu et tempore capi posse docuimus, — *inesse justae originis et adquisitionis notionem et praesumtionem; quam quidem praesumtionem fortius certare pro justa servitutis origine, quam in rebus corporalibus pro dominio, quia, qui patiente domino, servitutem per annos forte tot exercuisset, ab ipso domino jus nactus esse videretur.*

Sed nunc inquiramus; an haec sententia cum Romanorum hac de re sententiis cohaereat.

Contendimus autem fortiter, nullum aliud exigi ad servitutum capionem desiderium, ac possessionem illam, quae ad Interdicta valeat; nisi quod ea intercedit differentia, ut, qui servitutem tempore contendat esse sibi adquisitam, *diu in usu fuisse debeat*, id est, per tempus lege statutum. — Quisnam autem in Interdicti contentione debet probare? Ille, cui vis facta est, debet probare, *se possedisse.* Nihil amplius. Exceptionem autem alter debet probare *a se aut vi, aut clam, aut precario adversarium possedisse.* — Hanc quoque ei esse concedendam puto exceptionem, annum non esse conclusum. Nam, ut ULPIANUS loquitur, *annui temporis spatium conclusit usum.* — Si vero Interdicti actione victor evaseris, quisnam erit effectus? Ut possessionem retineas; nam non ea horum Interdictorum intentio est, ut *adsignatione* quaestio finiatur, sed, ne interrupta ejusmodi possessione, alter damnum patiatur. Ille, qui obtinuit, possessor quasi possessionis efficietur, nec vero ipsius juris possessor. Quid ergo? quoniam is, qui Interdicto obtinuit, pro possessore erit habendus, alter petitoris vices suscipiet; et agendum erit: *adversario non esse jus possidendi.* — Cui funda-

mento innititur actio haec negatoria? In ipso dominii jure, in quo praesumtio libertatis inest. — Exceptionem habet reus: *juste constitutam esse servitutem.* — Verum habebit etiam exceptionem: *per annos forte tot se possedisse.* — Quodsi agens replicam non habuerit, *alterum aut vi, aut clam, aut precario possedisse*, lis finietur servitutis adsignatione, quoniam alterius possessio sustulit libertatis praesumtionem. — — Similis ratio erit, si Interdicto victus actione aget *confessoria*.

Nunc audiamus Ulpianum. — *Si quis* — inquit — *diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo; sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario* [5]).

Vae tibi! clamantes audio. *Numne Ictus sententiam tuae sententiae contrariam in medio posuit, si irrogat agenti probationem non vi, non clam, non precario facti?* — Sed salva res est. Ille enim Ulpiani locus ex libro ad Edictum sumtus est. Docuimus autem supra, horum Interdictorum conceptionem ambiguam esse. Quemadmodum vero nova servitutum usucapio Interdicti rationem

sequebatur, ita Ulpianus verba et conceptionem Interdicti imitatus est.

Non praetermittendum erit aliud fragmentum. ULPIANUS in libro XX. ad Edictum [6]):

> *Si quis jure impositam servitutem non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam, ex eo quod diu usus est servitute, hoc Interdicto* — de itinere — *uti potest.*

Justam accipiendam esse illam ad Interdictum juris possessionem, per se intelligitur; nam si *diu vitiose* usus fueris, Interdictum *prorsus* non competet. — Quid autem? qui *diu* non vi, non clam, non precario servitute usus est, *Interdicto uti potest?* Quod quidem per se intelligitur! Nam quid est, quod ei diserte Interdictum concedatur, qui diu sine vitio usus est, cum is, qui hoc anno sine vitio usus est, Interdictum jam habeat? — *Parturiunt montes, nascetur ridiculus mus!* — — Equidem haec verba nullo modo puto ita esse ab ULPIANO profecta; quin, ita legendum esse censeo: *Si quis jure impositam servitutem non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam, ex eo, quod diu usus est servitute non vi, non clam, non precario, uti hac actione potest.* — Nam verba: *hoc Interdicto uti potest*, esse ex TRIBONIANORUM ingenio adjecta, luce clarius est. Equidem enim TRIBO-

NIANUM ejusque socios delirantes mage, quam ULPIANUM statuerim.

Quid autem sibi vult, *longae possessionis praerogativam habere?* Id ipsum est, quod diximus; *eum, qui per statutum tempus servitute usus esset, non docere debere de juris sui origine; sed longae possessionis praerogativam et praesumtionem pro justa servitutis caussa militare, et praejudicio esse adversario; neque titulum esse necessarium, verum exigi fidem tantummodo, et ut suo jure quis uti arbitratus sit.*

Optime autem HUGO DONELLUS [7]) docet, tribus modis servitutes usu adquiri:

> *Primum si quis cum eo, qui dominus non esset, stipulatus servitutem per tempus lege statutum, ut suam habuisset et exercuisset.*

Nam, ut alter fundum, quem servientem effecit, tempore adquisivit, ita tu quoque servitutis securitatem adquisivisti. Sed etiam fieri potest, ut, licet alter ob deficientem fidem usucapere fundum, quem servientem effecit, non potuerit, tu tamen, vindicato fundo, longae possessionis, quae sine vitio erat, *praerogativam* contra *dominum* fundi servientis habeas.

Alterum esse modum adquirendae per tempus servitutis, si quis per longum tempus non vi, non clam, non precario ea usus esset, suo scilicet jure uti arbitratus. — Tertium, si usus origo memoriam excederet. —

De hac adquisitione dubitatio esse non potest, neque PAULLUS dissentit. Illud autem monere juvat, etiamsi longissimi temporis habeas *praerogativam*, sine vitio esse debere usum, quoniam ad novissimam spectetur possessionem cum quoad Interdictum, tum quoad capionem.

Uno quoque modo — DONELLUS putat — *capi servitutes per consequentiam, cum usucapiantur cum praediis.*

Haec maximi viri sententia innititur in fragmento quodam ULPIANI hujusmodi [8]:

Servitutes per se nusquam longo tempore capi posse, cum aedificiis posse capi.

An vero putas, Ictum pertritissimum illud voluisse dicere hoc loco, *servitutes rem sequi, cui debeantur.* O stolide et ignobile dictum! Quasi ULPIANUS non scisset, capitis deminutione non amitti servitutem, sed retineri *praedii nomine*; retineri servitutem etiam *per malae fidei possessorem*! Quid capione opus est *servitutis jam debitae?* — Atque pariter in fragmento Icti perverse dictum est, sive

retinueris verba: *longo tempore capi*, sive legas: *usucapi*. — Hoc autem Ictus ait: *servitutes per se, id est, sine aedificiis seu sine fundo capi non possunt; cum aedificiis seu cum fundo, id est, fundum habenti, capi possunt*. — Vulgare quidem, neque tamen perverse et absurde dictum! —

Illa autem ULPIANI regula quam latissime patet. Diximus supra: Si quis fundo, cujus dominus non esset, servitutem constituisset, fundo vindicato, servitutem ab eo, qui dominus non esset, constitutam non manere, sed evanescere, quia non nisi domino, aut ei, cui simile jus diserte esset a lege tributum, servitutem constituere liceret [9]. — Quid autem? si dominus fundum non vindicaverit? tunc demum possessor et praedium et cum praedio servitutem usucaptam habebit. —

Haec, ut supra docuimus, in servitutibus faciendi et habendi obtinent; secus est in prohibendi servitutibus; quas quidem contendimus in perpetua obligatione consistere. Revisas, quaeso, ea, quae *de rebus merae facultatis et de novi operis nunciatione* disputavimus. An aliis, novisque opus erit argumentis? DIOCLETIANUS [10], quamvis minus idoneus testis, plane idem, quod novi operis nunciationis Interdictum et Ictorum ad hoc fragmenta, statuit:

Altius quidem aedificia tollere, si domus servitutem non debeat, *dominus ejus minime prohibetur.*

[1]) De praescriptione e mente juris Justinianei et Antejustinianei disserere, longum est, et lubricum. Quae ex re sunt, abunde dicta videntur. — Vid. ceterum CUJACII paratl. C. de longi temp. praescript.

[2]) L. 1. 2. etc. de servit. et aqua. — ubi: — *servitutem, exemplo rerum immobilium, tempore, — longi temporis consuetudine — quaesitam habere.*

[3]) L. 10. Si serv. vind. — L. 5. §. 3. de itin. atuque priv. — L. 1. §. 23. de aquae pluv. arc.

[4]) Vid. hujus Cap. §. 8.

[5]) Cit. L. 10. Si serv. vind.

[6]) Cit. L. 5. §. 3. De itin. atuque priv.

[7]) Comm. de jure civ. Lib. XI. Cap. XII.

[8]) L. 19. §. 1. D. De usurp. et. usuc.

[9]) L. 6. §. 5. De act. emti vend. — Vid. infra Cap. VI. §. 13.

[10]) L. 8. Cod. De serv. et aqua.



Cap. VIII.
Quemadmodum servitutes amittuntur.

Tollitur servitus variis ex caussis, utpote per remissionem, per interitum praedii aut servientis aut dominantis, per confusionem dominii, id est, si uterque fundus et cui servitur, et qui servit, ad unum eundemque dominum contingit, quia res propria nemini servire potest; sublato servitutis fine et utilitate servitus ipsa tollitur; deinde, si servitus ad certam conditionem constituta, conditione cessante, resolvitur; soluto etiam jure aut ejus, qui servitutem sibi constituit, aut ejus qui servitutem alteri concessit, utputa, si domini non erant, neque servitutis quasi usucapio accessit. Amittitur denique servitus, si alter praedi libertatem usuceperit. Ceteris omnibus relictis, de usucapione libertatis disserere paucissimis lubet.

§. 1.
De usucapione libertatis.

Per legem Scriboniam non esse sublatam eam usucapionem, quae praedii libertatem praestaret,

id, licet PAULLUS non diserte tradidisset, tamen innumeris aliis ex locis sciremus. Sed commune est omnium Ictorum Romanorum, non uno eodemque modo servitutes tolli, usucapta libertate ab altera parte. Nam servitutes praediorum rusticorum, id est, faciendi jura jam non utendo amitti statuebant [1]); adversus servitutes urbanorum praediorum tantummodo usucapionem admittentes, id est, factum ejus, qui servitutem deberet, ex quo manifeste ille declararet, se liberam rem suam velle habere. Verum enim vero ea in dominio vis et virtus inest, ut, si desiit esse id, quod servitutis caussa *facere*, *habere*, *prohibere* licuit, dominus statim in conditione usucapiendi libertatem versetur. Ab eo igitur momento, quo desino facere, utputa, ire agere, alter in eo erit, ut libertatem usucapiat, usque ad id tempus, quo denuo usus fuero, interrupta et usurpata quasi alterius libertate. Similiter, si tu, cui servitus *habendi*, *prohibendive* debebatur, habere seu prohibere desieris; alter in eo erit, ut usucapiat. Quisnam autem habere desiisse intelligitur? — Ponit CAJUS exemplum tigni inmissi, et — inquit — *si ego*, *cui servitus debebatur*, *tignum exemero*, *ita demum jus meum amittam*, *si tu foramen*, *unde exemtum est tignum*,

obturaveris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin, si nihil novi feceris, integrum jus meum permanet. — — Hujus regulae hanc esse rationem existimo. Inter moram aedificandi fieri potest, ut biennium, intra quod servitutes non utendo amittuntur, praetereat, antequam aedes sint restitutae. Durissimum sane foret, si servitutes hae per statutum tempus non utendo perirent, cum aedificaturus plus satis indicet animum se velle restaurari servitutem. Sin vero serviens factis ostenderit, se liberas velle habere aedes, alia res erit. Nam ille, cui servitus debebatur, aut nunciare debuisset, aut Interdicto experiri: *Quod Vi aut Clam.*

An vero illa CAJI regula in omnibus habendi servitutibus locum habeat, id neque adfirmare, neque refellere lubet; sed magis putem, locum habere. Prohibere desiisse is intelligitur, qui siluit de facto alterius, quod prohibere ei licuisset; utputa: si servitutem altius non aedificandi debes, facto semper opus erit, ut libertatis usucapio procedat.

[1]) L. 6. D. de serv. pr. urb.

§. 2.

Quaestio Domitiana.

Quoniam hoc loco de vetere libertatis usucapione, quae ex usu juris per JUSTINIANUM [1]) abiit, loquimur, fas sane erit, inutili inutile superaddere.

Antiquae enim Romanorum usucapioni hoc erat proprium, ut nullus esset temporum accessionis locus inter auctorem et successorem singularem; quapropter usucapio ex integro incipienda erat ejusmodi successori [2]). — Haec reputans, multum olim interfuisse statueris: *utrum ex jure vetere faciendi servitutes jamjam non utendo sint amissae*, an rectius sit dicendum: *adversus has quoque servitutes libertatis usucapione opus esse.* — Si solus non usus ad amittendam faciendi servitutem sufficit; *frequentissimus* [3]) fundi servientis *usus* nihil impediet, quo minus libertas adquiratur successori non modo universali, verum etiam singulari. Jamjam videbis, quo exeant cogitationes. Nam quamquam Paullus [4]) in universum statuit, *non posse usucapi id, quod jam non utendo amitteretur*: equidem tamen Ictum ad factum magis, quam ad quaerendae libertatis desiderium et requisitum respexisse existimem. At ne forte objicias, ad usucapionem facto opus esse et sine animo usucapiendi usucapionem nullam

procedere. — In dominii enim exercitio affatim facti inesse dico, neque unquam animus liberam rem sibi habendi defuisse domino praedii servientis praesumetur, nisi si contrarium, facta declaratione, constiterit.

[1]) L. 13. C. De serv. et aqua.
[2] et [3]) Vid. supra Cap. VII. §. 2.
[4]) Sent. rec. II. T. XVII. §. 1.

§. 3.

Hoepfnerus *notatur.*

Quoniam autem illud quidem certissimum et indubitatum est, non utendo perire servitutes faciendi, etiam nullo accedente facto libertatem usucapientis, seu potius, in his servitutibus currere libertatis usucapionem jam ex omisso dominantis usu; non possum, quin magnum Hoepfneri reprehendam errorem [1]).

> *Juris quasi possessionem* — inquit — *in usu maxime consistere, Eichmannus ad Helfeldii Digesta, §pho 182. contendit. — Contrarium manifestissime ex eo paret, quod servitus, quae quasi tradita mihi est, usucapitur, quamvis nunquam postea usus fuerim ea servitute.*

Quid illud sibi velit, „*si quasi tradita sit*" me nescire ingenue fateor, cum etiam sine tra-

ditione ex sola alterius patientia servitutis capio maxime currat. — Sed tota sententia HOEPFNERI prorsus nihili est. Quasi doctissimus vir non scisse videatur, *tempus illud, quo servitutes adquirantur utentibus, plus satis esse ad eas amittendas, quibus usus non fueris.*

Verum EICHMANNI judicium illud ab HOEPFNERO impugnatum sane rectius se habet. Quandocunque enim servitute non uteris, statim alter in libertatis et possessione et usucapione est. Usus ergo ejusmodi servitutis et signum est possessionis et retinendae recuperandaeque possessionis remedium.

[1]) Comm. Instit. §. 282.

§. 4.

De amissione servitutum, quae continuo exerceri non debent.

Saepissime autem fit, ut servituti modus faciendi adjiciatur, ita ut per continuum tempus exerceri non debeat. Paucissimis igitur nunc, quod ad libertatem recipiendam attinet, ea repetere volumus, quae supra jam de Interdictis tetigimus. PAULLUS et SERVIUS [1]) statuere: *si ita servitus definita esset, ut aut alternis diebus, aut toto die, aut nocte tantummodo aqua duceretur,*

amitti non utendo per statutum tempus servitutem, quoniam aqua esset cottidiana. Sin vero ita constituta esset aqua, ut aestate tantum duceretur, vel uno mense, aut alternis annis vel mensibus, quia continuum tempus non esset, quo esset usus servitutis, duplitato demum tempore amitti aquam. — Idem et de itinere custodiri.

Subtiliorem SABINUS [2]) agitavit quaestionem: *si uno tantummodo die per quinquennium liceret per vicini agrum ire et arbores in ejus silva excidere, quanto tempore haec servitus non utendo amitteretur?* — Et quidam putarunt, si primo et secundo quinquennio per eam viam itum non esset, tale jus penitus tolli, servitute quasi per biennium non utendo deperdita, singulo die quinquennii pro anno numerando. — Alii aliam secuti sententiam traduntur. — — Sublata autem libertatis usucapione et in longi temporis praescriptionem transmutata, Imperatori nostro in proposita specie visum est, viginti annorum desidia, ejusmodi servitutem deperdi. Eos igitur imitatus videtur, qui duplicato usucapionis tempore hanc servitutem amitti statuebant.

1) L. 7. Quemadm. serv. amitt.

2) L. ult. C. de serv. et aqua.

§. 5.

Pomponii *fragmentum quoddam.*

Est autem quaedam Pomponii [1]) sententia, quae totum me movet. — *Si* — inquit — *partem fundi vendendo lege caverim, uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem, et statutum tempus intercesserit, antequam rivum facerem, nihil juris amitto, quia nullum iter aquae fuerit; sed manet mihi jus integrum; quodsi fecissem, neque usus essem, amittam.*

§. 1. *Si per fundum meum viam tibi legavero, et adita hereditate mea per constitutum tempus ad amittendam servitutem ignoraveris, eam tibi legatam esse, amittes viam non utendo. Quodsi intra idem tempus, antequam rescires tibi legatam servitutem, tuum fundum vendideris; ad emtorem via pertinebit, si reliquo tempore ea usus fuerit, quia scilicet tua esse coeperat, ut jam nec jus repudiandi legatum tibi possit contingere, cum ad te fundus non pertineat.*

Primam fragmenti partem perspectam habuisse haud grave negotium est. Nam postquam duxi aquam, servitus erit constituta, ideoque eam amittere possum non utendo, utputa, si alius praedii servientis dominus exstiterit. Nam etiam manente vetere domino, ego quidem servitutem amittam ipso jure; verum, cum is, qui

emit partem fundi mei, amissa licet ipso jure servitute, nihilominus ex lege venditionis obligatus maneat; existimo pati eum debere, servitutem imponi propter obligationem.

Altera fragmenti pars maxime cruciat me. Nam si servitutem tibi legatam ignoraveris, licet, si ad vindicationem legata sit, statim, utut adita hereditas est, domininm rei ad te pertineat, tamen servitus, quam tibi tradita fuerit, ante non erit imposita neque perfecta. Qua igitur ratione amitti potest, quod nondum fuit? Nam reputa tecum, quamvis vindicationis legatum sit, tamen post legem Falcidiam et Papiam Poppaeam Ictis — quod supra [2]) monuimus, — placuisse: *nemini licere propria manu vindicationis legatum occupare.* — Sed etsi id nihili sit; neque tamen unquam negabis, heredem cuilibet legatario obligatum manere ad exhibendum. — Apud nullum juris interpretem hujus loci aptam inveni explicationem. Nam quod jam Glossa et post eam alii [3]) putarunt, hac in specie restitutionis in integrum esse locum, id nihili est. Est enim et in vindicationis legato obligatio.

Quodsi Pomponius ita scripsisset:

Antequam legatam tibi servitutem cognoveris, in integro res erit. Quodsi legatum compertum habueris, non utendo per statutum tempus

amittes servitutem. — Et, si, cum nescires legatam tibi servitutem, fundum alienaveris; intra biennium vindicandae servitutis jus erit etiam emtori, post biennium non.

Id, si statuisset Ictus, non repudiarem, quoniam, cum compertam habueris servitutem legatam, neque eam tibi tradendam curaveris, id quasi pro traditione seu pro repudiatione accipi potest.

Quodsi quis fuerit, qui hocce Pomponii fragmentum idonee explicet, gaudebimus. Nobis autem solatium erit Virgilianum illud: *non omnia possumus omnes.*

¹) L. 19. D. Quemadmodum serv.
²) Vid. supra Cap. IV. §. 2. De variis legatoaum formulis.
³) E. g. Westphalius de serv. et libert. praed.

Finis.

Haec hactenus; nam plura cum scriberem, ingens dissertationis volumen monet, ut desinam.

Materies, quam pertractavimus, aequiparanda est cum stabulo Augiae; quippe omnia stercore plena. Verum equidem Alcides haud sum, qui flumine misso in stabulum abluerim vastumque et sqalidum acervum. En, in fiscellis stercus fuit absportandum; non sine mole fuit; fiscos nos fecimus ipsi. — Sed cum perraros feret aetas Herculis instar, sis, lector, contentus et accipe dona benigne. Nunc longum, formose, vale; valeatis iniqui!

Emendanda et corrigenda.

Quoniam, prela cum ferverent, literaeque nostrae typis mandarentur, gravi laborabam morbo, qui corporis et animi vires atterens paene ademit mihi corrigendi facultatem, factum est, ut erratorum index, quo benignus utatur lector, sit exhibendus.

Pagina 2. linea 3. rebus — legas — *locis* seu *capitibus.* P. 4. l. 2. fuere: *fuerint.* P. 4. l. 5. Deleatur comma post vocem *quamvis* positum. P. 4. l. 8. tenderunt: *tetenderunt* P. 5. l. 8. ominis: *omnis.* P. 11. l. 18. alteriusque: *alterius.* P. 12. l. 14. quae: *quam.* P. 12. l. 18. debibitur: *debebitur.* P. 38. l. 2. dominii: *domini.* P. 38. l. 3. quam: *quemadmodum.* P. 41. l. 15. eas: *ea.* P. 42. l. 6. praefixus: *praefixas.* P. 45 l. 17. illae: *illas.* P. 46. l. 10. 11. svertendi: *avertendi*, auspicor: *suspicor.* l. 21. relatae: *adjectae.* P. 55. l. 13. ducuntur *ducantur.* P. 56. l. 5. aut certe deterior non fit: *aut certe, deterior ne fiat, prospicitur.* P. 59. l. 16. curatoris reipublicae: addas: *id est, municipii.* P. 64. l. 13. quin: *ne.* P. 70. l. 2. Titiae: *Titii.* P. 72. ult: melius legitur pro voce: Sinanus: *Sinicus:* dum huic verbo venia detur. P. 80. l. 18. iterum: *rursus.* P. 83. l. 23. cesidisse: *excidisse.* P. 96. l. 23. ast: *est.* P. 102. l. 4. altitudine: addas: *aedium.* P. 108. l. 13. Post vocem: omnibus: del. comma. P. 136. l. 2. del. vox: *simul.* P. 137. l. 23 del. vox: *ea.* P. 149. l. 16. investigatorum: *investigatorem.* P. 150. l. 18. adversam: l. *transversam.* P. 162. l. 7. quin: *quominus.* P. 163. l. 12. habeat: *habent.* P. 166. l. 22. repudiari: *repudiare.* P. 170. l. 18 ut: *et.* P. 172. l. 16. atque: *atque alius.* P. 175. l. 1. aligere: *eligere.* P. 183. l. 3. ut: *et.* P. 184. l. 21. possessionem: *possessorem.* P. 204. l. 8. quicquid: *quidque.* P. 206. l. 18. quis: *qui.* P. 210. l. 8. nequeant: *nequeat.* l. 16. strictiorem actionem: *strictius judicium,* l. 17. conditione: *condictione.* P. 219. l. 4. obligationum: *obligationem.* P. 224 l. 16. peregrinus: *peregrinus.* P. 225. l. 18. servitate: *severitate.* P. 227. l. 5. indebitatum: *indubitatum.* P. 228. l. 21. revivescent: *revivissent.* P. 236. l. 21. quae: *qui.* P. 238. l. 9. *fidem, justam caussam, possessionem.* P. 241. l. 14. potuisset: *potuissent.* P. 244. l. 2. usurptio: *usurruptio.* P. 251. l. 17. obligotione: *obligatione.* P. 257. l. 4. bienni: *biennii.* P. 268. l. 10. intentione: *intentionem.*

